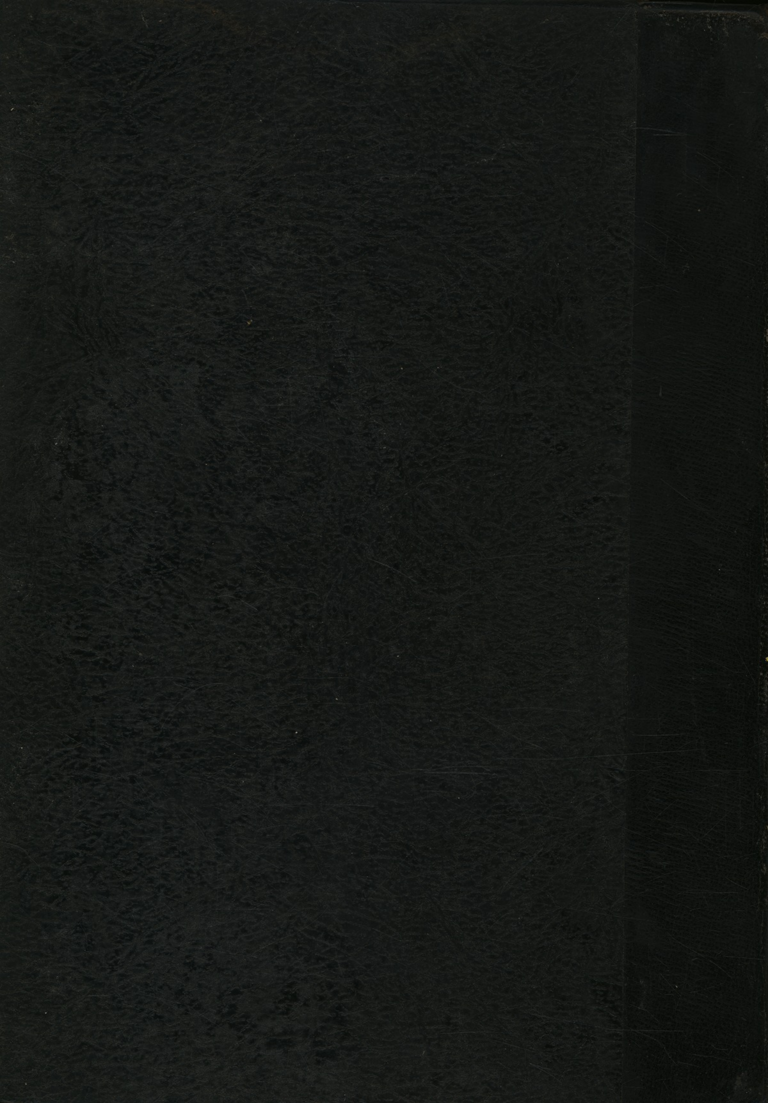
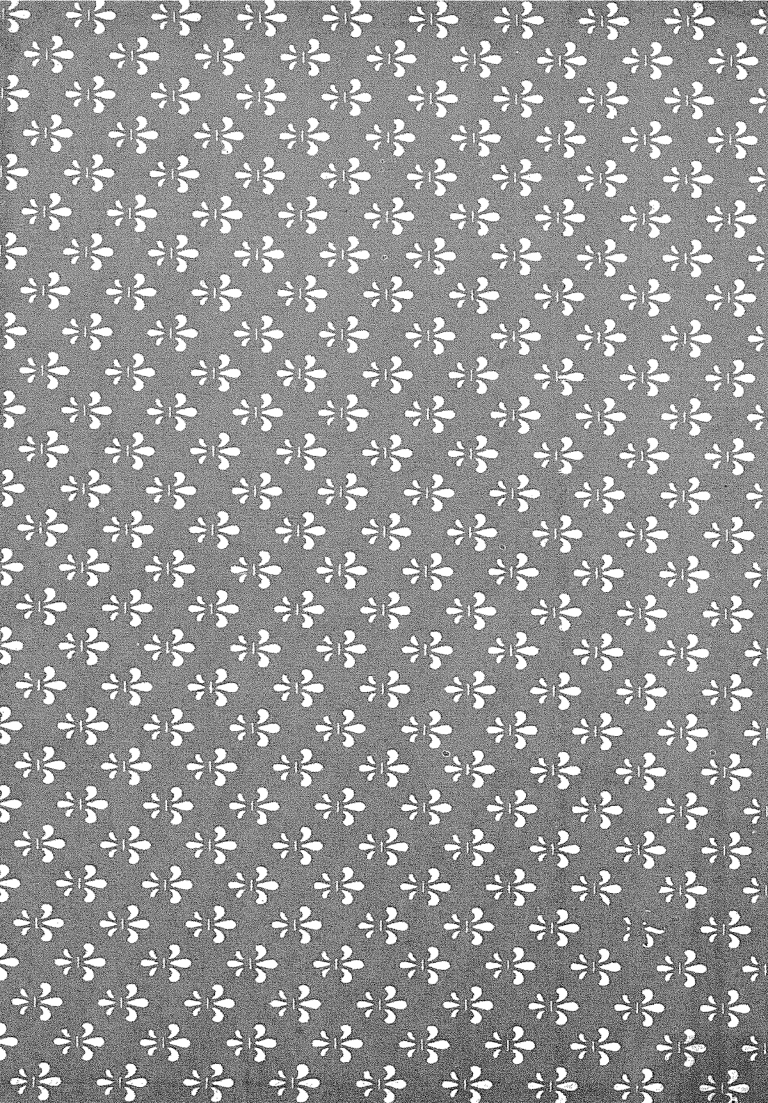
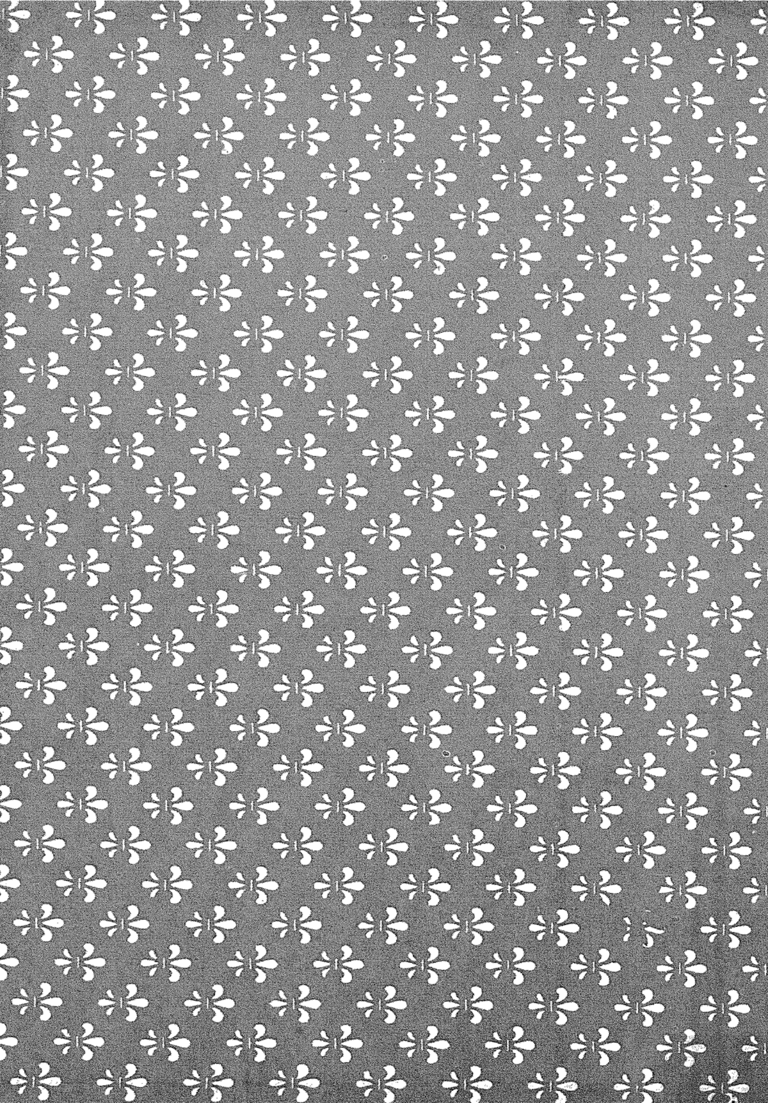
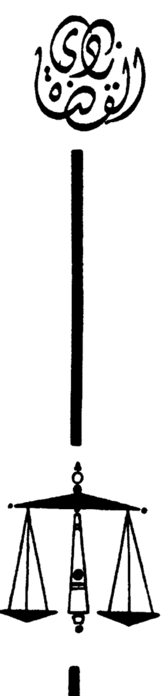








مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية

للمستشار
أحمد نصر الجندي

مبادئ القضاء

فى الأحوال الشخصية

للمستشار

أحمد نصر الجندى

محكمة النقض

الطبعة الثالثة

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦

بسم الله الرحمن الرحيم

تقـــديم

للمستشار / محمد وجدى عبد الصمد

رئيس نادى القضاه

فقد شرع نادى القضاة فى طبع مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاما ، فى مختلف فروع القانون ، وكانت بواكير هذا العمل الضخم الذى نعتز به ، مجموعة القواعد القانونية - التى قررتها المحكمة - فى خمسين عاما فى المرافعات المدنية والتجارية ، من تاريخ انشائها فى سنة ١٩٣٠ حتى آخر يونية سنة ١٩٨٢ ، وقد صدر منها بالفعل جزءان يحويان ما قررته المحكمة فى مادتى الاثبات والاختصاص وفى مواد الاستئناف والتنفيذ وغيرها من مواد المرافعات ، وستتلوها باذن الله تباعاً باقى الاجزاء ٠

وقد رأى مجلس ادارة النادى ، تعميماً للفائدة ، أن ينهض بطبع مبادىء القضاء فى قوانين الاسرة (الاحوال الشخصية)

للسيد الاستاذ أحمد نصر الجندى ، المستشار بمحكمة النقض ، وهى مبادىء قررتها المحاكم الشرعية ، بمختلف درجاتها قبل الغائها عام ١٩٥٥ ، وما قررته محكمة النقض فيها من ذلك التاريخ وحتى يونية ١٩٨٥ ، وهو تراث استنبطه من مظانه فى الفقه الاسلامى ، رجال القضاء الشرعى الذين تخصصوا فى هذا النوع من القضاء ، وخلفهم فيه رجال القضاء الوطنى ، الذين أستأنفوا المسيرة ، وأعلوا الصرح ·

والله أسأل أن تدوم هذه المجاميع دوام القضاء نفسه ، وأن يهدينا جميعا الى سواء السبيل · أول أكتوبر ١٩٨٥

محمد وجدى عبد الصمد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ــ والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ــ وعد ــ جلت قدرته ــ بالجنة من عمل بشريعته ، وادى الامانة ، واعتبر القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، وحكم بالعدل ، فيما اختلف لديه فيه . والقضاء تلو النبوة .

والأسرة قوام المجتمع يقوى بتماسكها ، ويضعف بانفصامها . ولهذا عنيت الشريعة الغراء بها واكدت على المودة والرحمة بين اعضائها . ووجه القرآن والسنة انظار البشر الى اهمية الرباط الذى يربطها . وعنيت القوانين فى مصر بأمور الأسرة ، وبلغ الغاية رجال القضاء الشرعى فيما عرض له من اقضية ، وفصل الامر فيها رجاله الذين تمرسوا بالدراسة الشرعية ، وادراك وسائل الترجيح بين الأقوال وأدلتها ، واستخراجها من مظانها فى مراجع الفقه الاسلامي العظيم ، مما يتعين معه الحفاظ على تراث هذا القضاء الشرعى ليكون فى متناول القضاة خاصة ، والعلماء عامة بعد اذ الغى القضاء الشرعى ، واحيل عمله على القضاء المدنى .

ولقد حرصنا فى هذه الطبعة الثالثة من هذا الكتاب ــ بعد استجماع تراث المحاكم الشرعية فيما قضت به فى نزاعات الأسرة ــ على أن نضم اليه ما اضافته محكمة النقض المصرية فى نزاعات الأسرة منذ نشأت المحكمة فى سنة ١٩٣١ حتى نهاية عامها القضائى ١٩٨٤ ــ ١٩٨٥ ليتكامل التراث القضائى الجليل بين أيدى العاملين فى خدمة العدالة .

واتبعنا فى عرض المبادىء الواردة فى الكتاب منهاجا يقارب منهج محكمة النقض فى تبويب الأحكام مجاراة لأسلوبها حتى لا يشق على القارىء الانتقال من طريقة الى اخرى .

والله اسأل ان يكون فى هذا القدر من الجهد الفائدة انه ولى التوفيق ؟

احمد نصر الجندى

المستشار بمحكمة النقض

مدينة نصر

((أ))

ابراء

ابوة

البـــات

اجر تعليم

اجر حضـانة

اجر حكر

اجر خادم

اجر مسكن حضـانة

احتراف الزوجة

اختصاص

ارث

استئناف

اشهاد وراثة

اعذار شرعية

اعـلان

اكــراه

اهليـــة

اياس

إبـــراء (١)

(١) الابراء فى اللغة التنزيه من التلبس بشىء . وفى الشريعة اسـقاط شخص حقا له فى ذمة آخر ، كاسقاط الدائن دينا له فى ذمة مدينه بقوله له : ابراتك من ديونى يريد بذلك اسقاط ما فى ذمته من دين له .

الابراء قد يكون فى صورة اخبار به مثل أن يقول الدائن : ابرات فلانا من دينى فى معرض اقراره بذلك . وقد يكون فى صورة هبة كأن يقول الدائن لمدينه : وهبتك ما لى فى ذمتك من دين ، وقد يكون فى صورة وصـية ، كأن يقول الدائن لمدينـه : أوصيت لك بما فى ذمتك من دين لى — فلا يبرأ بذلك الا بعد وفاته . وقد يكون الابراء فى صورة اقرار كما فى ابراء الاستيفاء .

والابراء كما يظهر من التعريف به اسـقاط لحق شخص قبل شخص آخر ، ولذا كان ضربا أو نوعا من الاسقاط . لأن الاسـقاط كما يكون تركا لحق فى ذمة شخص ، واطراحا له كما فى اسقاط الدين تشغل به ذمة المدين، يكون لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة آخر كما فى اسقاط الشفيع حقه فى الشفعة ، وكما فى اسقاط الموصى له بسكنى دار حقـه فى سكناها ، وعلى ذلك يكون كل ابراء اسقاط وليس كل اسقاط ابراء .

الابراء يحتمل تفسيرا آخر يجعله من قبيل التمليك ، لأن صاحب الدين لا يستطيع محو دينه الثابت فى ذمة مدينه وانما يستطيع تركه واطراحه وذلك ما يعنى تركه للمدين وتمليكه اياه وعدم مطالبته به .

على اسـاس التأويلين السابقين ذهب جمهور الفقهـاء من الحنفيـة والشـافعية والمالـكية والزيدية والشيعيـة الامامية الى أن الابراء يحتمل معنيين : معنى الاسقاط بالنظر الى الدائن اذ قد تخلى عن دينه فلم يبق من عناصر ثرائه وانقطعت مطالبته به ، ومعنى التمليك بالنظر الى المدين اذ قد تملكه فزاد ثراؤه بقدره .

نظر الحنابلة إلى الابراء على أنه اسقاط فكان له حكم الاسقاط عندهم فى جميع احواله .

(راجع موسوعة الفقه الاسلامى جزء أول ص ١٧٩ — المجلس الاعلى للشئون الاسلامية) .

(المبدا ١) : الابراء العام من الدعاوى يمنع من سماع الدعوى بعده الا بسبب حادث بعد البراءة ـ صحة الابراء من الدعوى لا تتوقف على صحة الابراء من الحق نفسه .

« الابراء العام من الدعاوى يمنع من سماع الدعوى الا بسبب حادث بعد البراءة » وصحة الابراء من الدعوى لا تتوقف على صحة الابراء من الحق نفسه ، كالابراء من دعوى العين يصح ، وان كان الابراء من نفس العين لا يصح . فاذا ابرات المعتمدة مطلقها بعد الطلاق من الدعاوى ابراءا عاما ، تناول ذلك نفقة العدة ، لأن سببها وهو الزوجية او الطلاق سابق على انبراءة ، فتقع البراءة عن دعواها وتصح فلا تسمع بشىء منها ، وان كان الابراء من النفقة نفسها لا يصح .

٢٩/٢٠٣ ك س المنصورة (١/٥/٣٠) م ش ١/١٩٠٩

□■□

(المبدا ٢) : لا تقبل الدعوى بعد الابراء العام بحق سابق .

المنصوص عليه أن الابراء العام يتناول كل دين أو عين أو دعوى ، وكل حق للمبرىء قبل المبرأ ، فلا تسمع الدعوى منه عليه ، الا بشىء حادث بعد البراءة ، فقد جاء فى البحر جـ ٧ ص ٢٦٢ نقلا عن المبسوط (ويدخل فى قوله : لا حق لى قبل فلان كل عين أو دين وكل كفالة او جناية او اجارة أو حد ، فان ادعى الطالب بعد ذلك حقا ؛ لا تقبل بينته عليه ، حتى يشهد انه بعد البراءة، لأنه بهذا اللفظ استفاد على العموم ـ أ هـ . وجاء فى العمادية نقلا عن الذخيرة (اتفقت الروايات على أن المدعى لو قال : لا دعوى لى قبل فلان أو لا خصومة لى قبله ، يصح حتى لا تسمع دعواه عليه الا فى حق حادث بعد البراءة) وجاء فى رسالة الابراء للعلامة ابن نجيم وفى الاشباه والبحر وحواشيه (لا حق لى قبل فلان) فليس له ان يدعى حدا ولا قصاصا ولا ارثا ولا كفالة ولا مال ولا دينا ولا وديعة ولا عارية ولا مضاربة ولا مشاركة ولا ميراثا ولا دارا ولا ارضا ولا عبدا ولا امة ولا شيئا من الاشياء ولا عرضا ولا غيره الا بشىء حادث بعد الاقرار العام أ هـ . ومثله لا شىء لى قبله . ولا استحق قبله او طرفه شيئا لأنها نكرة فى سياق النفى فتعم، ولم يستثنوا سوى حالة واحدة ذكرها الامام الاستروشنى فى آخر كتاب احكام الصغار عن المنتقى حيث قال (رجل أوصى الى رجل فمات الموصى فدفع الوصى الى الوارث ميراثه وكل شىء كان له فى يده من تركة ابيه واشهد الابن على نفسه

انه قبض منه جميع تركة والده فلم يبق من تركة والده قليل ولا كثير الا وقد استوفاه ، ثم ادعى بعد ذلك دارا فى يد هذا الوصى وقال : هى من تركة والدى تركها ميراثا لى ولم اقبضها ـ قال هو على حجة واقبل بينته واقضى له بها ا. هـ) . ومثله فى فصل الدعوى من أدب الأوصياء معزيا الى المنتقى والخانية والعتابية ، فقد صرحوا باستثنائها استحسانا لاثبات جهل الصبى وعدم احاطتــه بجميع تركة والده فيغتفر تنــاقضه ، على ما أجاب به ابن الشحنــة ــ او لا حـ ق لى قبله من تركة والدى مما قبضته واشــهدت على نفسى به ما أجاب به ابن وهبان . واذا كان استثناؤها استحسانا فلا يقاس عليها غيرها ولا يقاس عليها مسألة صلح بعض الورثة لعدم العذر لدى الورثة ـ لأنه مفروض أنه يحيط بكل التروك ومن ادعى عدم الفرق فعليه البرهان ، فالفرق واضح أن الوصى له التصرف فى مال الصبى يستقل به فيخفى عليه الحال بخلاف أحد الورثة فانه لا يتصرف بدون علم الآخر ، واذا كان فيهم قاصر فوصيه يقوم مقامه فاذا بلغ واقر لا يعذر ، على أن عدم سماع الدعوى بعد الاقرار العام مجمع عليه فلا يعدل عنه الا بنص ، ولم ينص على مســألة صلح أحد الورثة فقــد ذكر ابن الشحنة : أن المذكور فى النظم الوهبانى هو مسألة الوصى وان الناظم لم يتعرض لمسألة الورثة فلو كان الحكم فى المسألتين واحدا لنبه عليه وحينئذ لا محل لسماع دعوى المدعيــة ، ولا مشاحة فى أن الجهاز سابق على هذا الابراء لا لاحق له وان الوفاة انما حصلت قبل الابراء فيـدخل الجهاز ضمن الابراء حتما ولا تعــذر المدعية لما فى جامع الفصولين (ابراءه عن جميع الدعاوى فادعى عليه مالا بالارث فلو مات مورثه قبل ابرائه لا تسمع دعواه وان لم يعلم هو بموت مورثه عند ابرائه) ا هـ .

ومثله فى الخلاصة والبزازية والفواكه البدرية لابن الغرس فقد جاء فى الأخيرة (لو أبراه مطلقا أو أقر أنه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر بعد ذلك أن المقر له كان قبل الابراء أو الاقرار مشغول الذمة بشىء من متروك ابى المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت ابيه الا بعد الاقرار والابراء لا يكون له المطالبة بذلك ويعمل الاقرار والابراء عمله ولا يعــذر المقر ا. هـ. (رســالة اعلام الأعلام لابن عابدين جزء ٢ ص ١١٢ ، ١١٣) .

٣٢/٨٣٢ اجا (١٦/١٠/٣٣) م ص٦/٧٦١

□■□

(المبدا ٣) : الابراء العام بين الورثة مانع من دعوى شيء سابق عليه عينا كان او دينا بميراث او غيره .

نقل فى التنقيح عن المحقق الشرنبلالى ان الابراء العام بين الورثة مانع من دعوى شيء سابق عليه ، عينا كان أو دينا بميراث أو غيره . وحقق ذلك بأن البراءة ، اما عامة يبرا فيهـا من الدين والعين فلا حق او لا دعوى او لا خصومة لى قبل فلان،أو هو برىء من حقى ، او لا دعوى لى عليه،او لاتعلق لى عليـه أو لا أستحق عليه شيئا او ليس لى معـه امر شرعى او ابراته من حقى ، واما خاصة بدين خاص كأبراته من دين كذا ، او بدين عام كابراته مما لى عليه فيبرا عن كل دين دون العين، واما خاصة بعين فتصح لنفس الضمان لا الدعوى فيدعى بها على المخاطب وغيره ، فان كان الابراء عن دعواها فهو صحيح ــ وذكر العلامة ابن عابدين مثل ذلك ، وان البراءة قسمان : براءة اسقاط تسقط الدين عن الذمة مثل اسقطت وحططت وابرات براءة اسقاط، وبراءة اسـتيفاء مثل ابراتك براءة استيفاء ، وهى عبـارة عن الاقرار بانه استوفى حقه وقبضه ولو اطلقها كما لو قال ابراتك ولم يقيد بشيء فقولان ــ وانه اذا اقر بأنه لا حق له على فلان فهو اقرار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة ويكون ابراءا او اسقاطا . (ص ١٨٧ ، ٤٩٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠٧ ، ٥٢٣ جزء ٤ من حاشية ابن عابدين) .

٣٩/٤٧٠ كفر الزيات (٤٠/٣/١٩) م ش ١٦ ع ١٦١/٧/٦

□■□

(المبدا ٤) : صيغة الابراء العـام اذا وقعت عقب الصلح عن حقوق معينة لا تعم بل تنصرف الى ما وقع الصلح عنه من الحقوق ولا تشمل سواها الا بنص يدل على هذا الشمول .

وحيث ان المنصوص عليـه انه اذا ادعى عليه دعاوى معينة ثم صالحه واقـر ان لا دعوى له ثم ادعى دعوى أخرى تسـمع وينصرف الاقـرار الى ما ادعى اولا لا غير الا اذا عمم فقال اية دعوى كانت ونحوه (الفصل الخامس من رسالة اعلام الاعلام لابن عابدين) ومعنى هذا ان صيغة الابراء العـام اذا وقعت عقب الصلح عن دعاوى معينة انصرفت الى هذه الدعاوى فلا تشمل سواها الا بنص يدل على هذا الشمول ، ووجهه فيما يظهر أن عموم الابراء عقب الصلح عن دعاوى معينة كما يفيد العموم بلفظ يحتمل التخصيص بالمقام وما سوى المصـالح عنه من الحقوق ثابت بيقين فلا يسـقط مع الاحتمـال فينصرف العموم الى ما وقع الصلح عنه لا غير ما دامت الصيغة ليست نصا فى الابراء عما وقع الصلح عنه وعن غيره من الحقوق الاخرى .

٣٢/١٧٢٤ ك س مصر (٣٢/٨/٢) م ش ٤/ ٧٦٠

□■□

(المبدا ٥) : ابراء ام الصغير اباه من نفقته واجرة مسكن حضانته مقابل الطلاق باطل لا يمتنع بعده فرض اجرة مسكن للحضانة .

حيث ان المعارض دفع الدعوى ان المعارض ضدها طلقت على الابراء من اجرة مسكن الحضانة وهى غنية ، وانه بالنسبة لهذا الدفع يتعين البحث قبل كل شيء فى ان الابراء من نفقة الصغيرة صحيح أم لا؟ وحيث أن المنصوص عليه شرعا أن الابراء من نفقة الصغير نظير الطلاق لا يكون صحيحا بلا خلاف اذا كان المقصود من النفقة هو نفقة الطعام والكسوة والمسكن وكان الابراء خاليا من التوقيت بوقت معين ، وأما اذا كان المقصود من النفقة هو مؤونة الرضاع ولم يحصل توقيت فان فى هذه المسألة قولين أحدهما بصحة الابراء والثانى بعدم صحته كما يعلم ذلك من ابن عابدين فى باب الخلع . وحيث أنه يعلم من صيغة الابراء ان المطلقة ابراته من نفقة الطعام والكسوة والمسكن بدون توقيت بوقت معين فلا يصح الابراء شرعا للجهالة. لان الصغيرة تحتاج الى هذه الاشياء طول حياتها ، وحيث أنه متى ثبت أن الابراء من أجرة مسكن الحضانة غير صحيح فلا يكون هناك داع للبحث فى أن الام غنية وموسرة أم لا .

٣١/٦٧٤ بورسعيد (٣٢/٦/٢٠) م ش ٧٢/٤

□■□

(المبدا ٦) : الابراء من اجرة الحضانة مقابل الطلاق مانع من طلب فرضها حتى ولو عادت المطلقة الى عصمة مطلقها بزواج جديد .

ان الابراء من اجرة الحضانة نظير الطلاق انما هى معاوضة وقد استوفت المدعية عوضها عن ذلك وهو الطلاق فعودتها بالمطالبة ببعض العوض عنه جمع بين العوض والمعوض عنه وهو محظور شرعا ولا تجاب اليه ، وقول وكيلها ان الحق بالمطالبة بأجرة الحضانة يعود بعودة الزوجية قول لا يستند الى دليل اذ هذا يستقيم لو كان مناط الحكم فيها الزوجية ، وغير خاف أن الامر ليس كذلك بدليل أن هذه الاجرة تتحقق من غير تحقق الزوجية ، ويظهر أنه قاسها على نفقة الزوجة فقال انها تعود بعودة الزوجية ولكن هذا القياس مع الفارق اذ ان الزوجية لها أثر فى النفقة بخلاف هذه على ما سمعت. من ذلك يتعين قبول الدفع ورفض الدعوى .

٣٠/١٦٤ السيدة (٣٠/١٢/١٥) م ش ١٧٠/١

□■□

(المبدا ٧) : تملك الحاضنة الابراء من نفقة الصغير .
تملك الحاضنة بحكم ولايتها على الصـغير الابراء من نفقتـه فتعامل

باقرارها به ما لم تدع .

١٠/٤٣/١١ ك س طنطا (٤٣/١٢/٢٢)   م ش ١٥٧٦/١٦

□■□

(المبدا ٨) : لا تبرا ذمة المحكوم عليه بالنفقة الا بالاداء او الابراء .

لا تبرا ذمة المحكوم عليه بالنفقة الا بالاداء أو الابراء فلا مانع من طلب الحكم بثبوت دينها فى ذمته بعد وفاته لتستوفيه من تركته لأن ذلك بمثـابة دعوى لا يستلزم أن تاتى عن طريق الاشكال بل للمدعية طلبه استقلالا .

٣٥/١١٩٢ الجيزة (٣٦/٧/٨)   م ش ٩٢٤/٩

□■□

(المبدا ٩) : الابراء من مجهول صحيح بشرط ان يكون من شخص معين .

قالوا الابراء من المجهول صحيح قضـاء وديانة لكن بشرط أن يكون من شخص معين أو قبيلة معينة محصورة ، فابراء المجهول ولو عن شيء معلوم لا يصح بخلاف ابراء المعلوم ولو عن مجهول فانه صحيح كما فى الخلاصة .

٤٨/٢٠٢٧ (٤٩/١/١٩)   م ش ٦٥٢/٢٢

□■□

(المبـدا ١٠) : الابراء عن الحق ابراء عن الدعوى وتصح مع تعلقهـا بالشرط .

حيث جاء فى الورقة المقدمة (ولا حق لى فى المطالبة ضده ما دام يدفع لى هذا الشرط بادىء الذكر الخ) واذا لوحظ صدر هذه الورقة تبين أن المراد

بهذه الجملة انه لا حق لها فى مطالبته باجرة حضانة البنت ولا فى مطالبتـه ببدل فرشها وغطائها واجرة مسكن لحضانتها ما دام يدفع لها نفقة البنت التى اصطلحا عليها ــ وهذا الابراء صحيح شرعا سواء تحقق الشرط أم لا ، اما انه صحيح فلانه ابراء عن الدعوى وصحـة الابراء عن الدعوى لا تتوقف على صحة الابراء عن الحق نفسـه واما أنه لا يتوقف على تحقق الشرط فلانه من قبيل الابراء المقرون بشرط فيصح الابراء ويلغو الشرط ، جاء فى تنوير الأبصار وشرحه ما نصه : (فان أبراه عن نصفه على ان يعطيه ما بقى غدا فهو برىء أدى الباقى فى الغد أم لا لبراءته بالابراء لا بالاداء) ــ واذا تبين أن هذا الابراء صحيح وغير موقوف على تحقيق الشرط تبين أن المدعية لا حق لها فى المطالبة بشىء من ذلك سواء دفع لها النفقة المذكورة ام لا .

٣١/١٤٤٦ نجع حمادى (٣٢/٦/٢٠) م ش ٩١١/٥

□■□

(المبدأ ١١) : لو قال المدعى لادعوى لى عليك او لا خصومة لى عليك برىء المدعى عليه من كل دعوى ومن كل خصومة فلا تسمع الدعوى عليـه بعد ذلك الا فى شىء حادث فانه صحيح .

قال فى العمادية ــ اتفقت الروايات على أن المدعى لو قال لا دعوى لى عليك او لا خصومة لى عليك برىء المدعى عليه من كل دعوى ومن كل خصومة، فلا تسمع الدعوى من المبرىء على المبرأ بعد ذلك الا فى شىء حادث بعد البراءة -- وفى الهندية وفى البحر ــ تسمع دعوى المبرىء بهذا الحق لأن دعواه وقعت ضمن البراءة العامة ومن مشتملاتها .

٤٨/٢٠٢٧ العطارين (٤٩/١/١٩) م ش ٤٥١/٢٢

□■□

أبــوة (١)

(المبدأ ١) : الاقرار بالابوة . شرطه . ان يكون المقر له مجهول النسب القضاء بثبوت نسبه لمجرد الاقرار بالابوة ـ خطأ فى القانون .

المقرر فى فقه الأحناف انه يشترط لصحة الاقرار بالابوة ان يكون الولد المقر له مجهول النسب ، فان كان معروفا نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منــه بمجرد الاقرار لأنه لا يمكن ثبوت نســبه من رجلين بل لا بد أن ينتفى احدهما . ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بأن المطعون ضده معلوم النسب لأبيه اذ الحق به فى سجلات قيد المواليد وتزوج وجند باسمه منتسبا له ، وشهد بصحة هــذا النسب كل من زوجة هــذا الاب وابنه عند سؤالهما فى التحقيقات الادارية المقدم صورها فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ قبل الاستئناف شكلا بما ينطوى عليه هــذا القضاء من رفض للدفع بنهــائية الحكم المستانف ثم تعرض للموضوع فايد الحكم المستانف فيما قضى به من ثبوت نسب المطعون ضده لآخر ـ مورث الطاعنين ـ على سند من مجرد اقراره بأبوته له ، وذلك دون ان يقيم المطعون ضده البينة على عدم صحة نسبه لمن هو منسوب اليه حتى يتحقق لدى المحكمــة انه مجهول النسب ، ويصح اقرار الغــير بأبوته يكو ن قد أخطأ فى تطبيق القانون .

نقض ٢١/٤٧ ق   س ٣١ ص ١٤٥٦

□■□

(المبدأ ٢) : الاقرار بالابوية . شرطه . الشخص مجهول النسب فى الفقه الحنفى . بيانه .

يشترط لصحة الاقرار بالابوة أن يكون الولد المقر له بالنسب مجهول النسب ، فان كان معروفا نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه ، اذ لا يتصور

---

(١) الاب الوالد ، ويسمى كل من كان سببا فى ايجاد شىء أو اصلاحه او ظهوره ابا .

تتحقق الابوة النســبية بواحــد من ثلاثة ـ الفراش والاســتيلاد ، والدعوة ، والاستلحاق .

ينتفى النسب عن الولد ، والابوة عن الاب باللعان غالبــا ، وقد ينتفى بدون لعان .

(راجع ص ١٩. من موسوعة الفقه الاسلامى جزء أول) .

الثبوت من اثنين فى وقت واحد ، ولا يصح القول بانتفـاء النسب من الاول وثبوته من الثانى ، لأن النسب متى ثبت لا يقبل النقض والانتقـال . ولئن اختلفت الاقوال فى مذهب الحنفية حول متى يعتبر الشخص مجهول النسب، فذهب البعض الى انه من لا يعلم له اب فى البلد الذى ولد فيه ، وقرر البعض الآخر انه الذى لا يعلم له اب فى البلد الذى يوجد فيه ، الا ان القول على انه يراعى فى الحكم بجهالة النسب عد ممعرفة الاب فى البلدين معا دفعا للحرج وتحوطا فى اثبات الانسـاب .

نقض ٢/٣/٤٣ ق　　　　س ٢٧ ص ٥٩٣

□■□

اثبات (١)

الاثبات بمعناه العام ــ اقامة الدليل على حق أو على واقعة من الوقائع، وبمعناه الخاص اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددتها الشريعة على حق او على واقعة معينة تترتب عليها آثار .

للعلماء فى بيان الحجة الشرعية التى تثبت بها الدعوى طريقان :

الاول : حصر طرق الاثبات فى طائفة معينة من أدلة يتقيد بها الخصوم فلا يقبل منهم غيرها . ويتقيد بها القاضى فلا يحكم الا بناء عليها . وهذا هو راى الجمهور . وجاء فى رد المحتار لابن عابدين ان طرق القضاء سبعة : البينة ــ والاقرار ــ واليمين ــ والنكول عنه ــ والقسامة ، وعلم القاضى والقرينة الواضحة التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به ، ابن عابدين جزء ٤ ص ٤٦٢ ، ٦٥٣ .

والثانى : عدم تحديد طرق معينة للاثبات يتقيد بها الخصوم أو القاضى . بل للخصوم ان يقدموا من الادلة ما يستطيعون به اقناع القاضى بصحة دعواهم . وللقاضى ان يقبل من الادلة ما يراه منتجا فى الدعوى ومثبتا لها . ومن أكبر انصار هذا الرأى العلامة ابن القيم ، فقد قال : « اذا ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم شرع الله ودينه ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له » .

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على حصر طرق الاثبات فى طائفة معينة من الادلة فانهم لم يتفقوا على أنواع هذه الادلة ، فبعضهم يعتبر كلا من اليمين والنكول عنه طريقا للقضاء ، وبعضهم لا يعتبره طريقا له . وقد يتفقون على اعتبار نوع من الادلة طريقا للقضاء ، ولكنهم يختلفون فى نطاق الاستدلال به كشهادة الشاهدين رجلين أو رجل وامرأتين ، أجمعوا على انها طريق للقضاء، ولكنهم اختلفوا : هل تكون فى مسائل الاموال والمعاملات فقط او فيما عدا الحدود والقصاص من الاموال والنكاح والطلاق .

راجع موسوعة الفقه الاسلامى جزء ٢ ص ١٣٦ .

□■□

(المبدأ ١) : الاثبات فى عرف القانون .

الاثبات فى عرف القانون هو ما يكفى وجوده لثبوت الشيء المقام عليه هذا الاثبات .

٤٤/٣٧٨٥ س ك مصر (٤٦/٢/٤) م ش ١٣٥/١٨

□■□

(المبدأ ٢) : من يتوقف اثبات حقه على شيء كان خصما فى اثبات ذلك الشيء .

نص الفقهاء على أن من يتوقف حقه على شيء كان خصما فى اثبات ذلك الشيء . راجع الانقروية اول كتاب الشفعة .

٢٦/١٤ ك مصر (٢٩/١٢/١٧) ت س م ش ٩٠٤/١

□■□

(المبدأ ٣) : عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الثابت اصلا او عرضا .

الاصل خلوص الذمة وانشغالها عارض ، ومن ثم كان الاثبات على من يدعى ما يخالف الثابت اصلا أو عرضا ، مدعيا كان أو مدعى عليه .

نقض ١٥/١٤٣ (٤٧/٣/٦)

□■□

(المبدأ ٤) : طلب التاجيل لتقديم دليل نفى على ما قام عليه دليل الثبوت لايجاب اذا لم تذكر الوقائع المراد اقامة دليل النفى عليها .

لا يجاب طلب التأجيل لتقديم أدلة على نفى ما قامت عليه أدلة الثبوت ما لم تذكر الوقائع المطلوب اقامة دليل النفى عليها .

٣٢/٢٧ العليا الشرعية (٣٤/١/٣١) م ش ٤٣٣/٥

□■□

(المبدأ ٥) : الثابت بدليل لا ينتقض الا بدليل .

ما يثبت بدليل لا ينتقض الا بدليل آخر .

٢٩/٧٢ دمياط (٣٠/١/١٣) م ش ٥٣٣/١

□■□

(المبدأ ٦) : مطالبة المدعى بالاثبات لا تدل على الفصل فيما سبقه من الادلة المقدمة من قبل بعدم الكفاية للاثبات .

طلب الاثبات الجديد من المحكمة ليس معناه أن ما قدم من الادلة لا يكفى لاثبات الدعوى لجواز أن يكون هذا الطلب من المحكمة لزيادة تثبتها من أحقية الطلب خصوصا اذا كانت الهيئة تغيرت ورات من بين الادلة الموجودة بالاوراق والتى لم تقض المحكمة بعدم كفايتها ما يكفى لاثبات المدعى .

٢٧/٢ العليا الشرعية (٣٠/٦/٤) م ش ٨٩٤/١

□■□

(المبدأ ٧) : الوقائع الواجب شمول حكم الاحالة للتحقيق عليها .

اوجبت المادة ٧١ من قانون الاثبـات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالاثبـات بشهادة الشهود كل واقعـة من الوقائع المأمور باثباتها والا كان باطلا وقد هدفت الى أن تكون الوقائع معينة بالدقة وبانضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف باثباته ونفيه. لان الاثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين ـ١ـ تعلق الوقائع المراد اثباتها بالدعوى ـ٢ـ وكونها منتجة فيها .

نقض ٨/٤٦ ق — س ٣٠ ص ١٧٦

□■□

(المبدأ ٧ مكرر) : احكام الاثبات ـ عدم التزام المحكمة بوضع أسباب لها . التزامها بتسبيب الأحكام التى تفصل بها فى المسائل الأولية .

المقرر وفقا للمادة الخامسـة من قانون الاثبات أنه لا الزام على المحكمة بتسبيب الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات على تقدير من المشرع بأنه ما دام الاجراء سابقا على الفصل فى الدعوى فلا وجه للتعرض لموضوعها ولو جزئيا بالفصل فيـه بحكم حاسم ، وان كان ذلك لا ينفى التزام المحكمـة بتسبيب احكامها التى تفصل بها فى المســائل الاولية التى لا يقوم حكم التحقيق قبل الفصل فيها وهى تلك التى يدور معها قبول نظر الدعوى وجودا وعدما .

نقض ١٨/٤٥ ق — س ٣١ ص ٢٨٧

□■□

(المبدأ ٨) : دليل الاثبات مقدم على دليل النفى ودليل الزيادة مقـدم على نافيها ودليل الحدوث مقدم على بينة القدم .

الدليل المثبت يقدم على الدليل النافى لاتفاق الدليلين على القدر المشترك واشـتمال دليل الزيادة على أمر زائد وهو فى هـذه الحالة حدوث الحدث الحقيقى وبينة الحدوث تقدم على بينة القدم .

١٧٥/٣٥ ك أسيوط (٢٣/٨/٣٦) — م ش ٨٢٤/٧

□■□

(المبدأ ٩) : المنكر المعفى من الاثبات هو من ينكر الدعوى انكارا مجردا .

ان المنكر المعفى من الاثبات هو من ينكر الدعوى انكارا مجردا، فلا يجيب عليها بغير الانكار . اما من اجاب على الدعوى بدفعها فانه بذلك يصير مدعيا مطالبا بأن يقيم الدليل على ما يدعيه .

نقض ١٦/٢٠ ق (٢١/١/٤٦) س ١٥

□■□

(المبدأ ١٠) : اجراءات الدليل (الاجراءات الشكلية) تخضع لقانون المرافعات . قواعد الاثبات المتصلة بذات الدليل تخضع لاحكام الشريعة الاسلامية .

مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان المشرع فرق فى الاثبات بين الدليل واجراءات الدليل فأخضع اجراءات الاثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الاجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، اما قواعد الاثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته ، وبيان قوته وأثره القانونى ، فقد ابقاها المشرع على حالها خاضعة لاحكام الشريعة الاسلامية ، والحكمة التى تغياها المشرع من ذلك هى احترام القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك اخلال بحق المتخاصمين فى تطبيق احكام شريعتهم ، ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع قد نص فى المادة الثالثة عشرة من القانون ٩٥٥/٤٦٢ على الغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهو الخاص بالادلة ولم يستبق من مواده سوى المواد الخاصة بعدم سماع دعوى الوقف عند الانكار وشهادة الاستكشاف فى النفقات والشهادة على الوصية ، اذ انه لم يقصد بهذا الالغاء الخروج على الاصل المقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أحالت اليها المادة السادسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ السالف الاشارة اليها ، واذ كانت مواد المواريث من مسائل الاحوال الشخصية قد استمد الشارع النصوص الخاصة بها من احكام الشريعة ومن ثم يرجع اليها فى بيان الورثة وتحديد أنصبتهم .

نقض ٢٥٨/٤٠ ق س ٢٦ ص ١٢٤١

□■□

(المبدأ ١١) : اجراءات الشكلية للاثبات فى مواد الاحوال الشخصية .

من المقرر فى قضاء النقض أن الاجراءات الشكلية فى الاثبات فى مواد الاحوال الشخصية تخضع للقواعد المقررة فى قانون المرافعات ، وكان النص فى الفقرة الاولى من المادة ٧٦ من قانون الاثبات الذى حل محل قانون المرافعات فى تنظيم الاحكام الاجرائية للاثبات على انه « اذا لم يحضر الخصم شاهده او لم يكلفه الحضور فى الجلسة المحددة قررت المحكمة او القاضى المنتدب الزامه باحضاره او بتكليفه الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد لاتمام التحقيق لم ينقض ، فاذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به » يدل على أن المشرع هدف الى عدم تمكين الخصوم من اطالة أمد التقاضى عن طريق تعمد استغراق مدة التحقيق كاملة دون مقتضى ، فأوجب على المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق اذا لم يحضر الخصم شاهده بالجلسة المحددة لبدء التحقيق او لم يكلفه الحضور فيها أن يلزمه بذلك مع تحديد جلسة تالية ما دام التحقيق ما زال قائما ، فاذا لم ينفذ الخصم ما التزم به سقط حقه فى الاستشهاد به ، وهو جزاء مقرر بغض النظر عن انتهاء أجل التحقيق أو بقائه ممتدا .

نقض ٥١/٥٠ ق ١٩٨٢/١/٢٦ لم ينشر

□■□

(المبدأ ١٢) : لا يستطيع الوارث أن يسلك سبيلا فى الاثبات ما كان لمورثه أن يسلكه .

الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الاثبات سبيلا ما كان لمورثه ان يسلكه ، ولا يغير من هذا أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث من شانه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة اذ هذا الاقلال لا يعتبر اضرارا بحق للوارث يصبح معه الوارث من الغير بالنسبة الى التصرف الصادر من المورث ، فحق الوارث فى التركة لا ينشأ الا بوفاة مورثه .

نقض ١٦٤/١٧ ق (٤٩/٣/٢٤)

□■□

(المبدأ ١٣) : وثيقة الزواج ورقة رسمية .

وثيقة الزواج ورقة رسمية وحجة فيما دون بها لان ذلك وضعها فيما وضعت له ، وجعلت لاجله باعتبار وصفها العنوانى ، لان كل مستند له وصف عنوانى هو حجة فيه ، فوثيقة الزواج حجة فى خصوص الزواج ، ولم تكن حجة فى غير ما وضعت له باعتبار وصفها العنوانى من الاوصاف التى لم تكن من حقوق من دونها .

٢٧/٧٢٤ جرجا (٢٦/٥/٢٨) م ش ٤٢١/١

□■□

(المبدأ ١٤) : معنى الوثيقة الرسمية التى جعلت شرطا لسماع الدعوى فى المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ .

المذكرة الايضاحية للقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ بينت معنى الوثيقة الرسمية التى جعلت شرطا فى سماع الدعوى فى المادة ٩٩ فقالت ما نصه « ووثيقة الزواج الرسمية هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها طبقا للمادة١٣٢ كالقاضى والمأذون فىداخل القطر المصرى وكالقنصل فى خارجه ــ وهذا التمثيل من المذكرة ليس على سبيل للحصر .

٢٩/١٠٣٤ الازبكية (٤/١/٤١) م ش ٩٣/٧/١٢

□■□

(المبدأ ١٥) : المراد من كلمة وثيقة زواج رسمية فى كلام المشرع .

المراد من كلمة وثيقة زواج رسمية فى كلام المشرع ــ هل هى خصوص الوثيقة التى يكتبها المأذون فى دفتره الخاص المعروف ــ ام ماذا ــ اذ المشرع قد أبان مراده منها فى مذكرته الايضاحية للقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ، فقد عرفتها المذكرة بأنها هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته باصدارها طبقا للمادة ١٣٢ كالقاضى والمأذون فى داخل القطر المصرى والقنصل فى خارجه ؛ وغير خاف أن هذه الوثيقة اما ان تكون انشائية ، او بطريق التصادق على الزوجية ، اذ ان كلا منهما يطلق عليه وثيقة زواج ــ فكل انشاء زواج ، او تصادق عليه ، اثبته القاضى فى مضبطته أو محضره أو اثبته المأذون فى دفتره ، او القنصل فى سجله ،كان ذلك وثيقة رسمية بالزواج او التصادق عليه .

محضر القاضى المثبت فيه تصادق الزوجين يعتبر وحده وثيقة رسمية بالزواج تنطبق عليها الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من اللائحة .

٣٨/٤١٨ الجمالية (١٨/١/٤٠) م ش ٦٧/١/١٣

□■□

(المبدا ١٦) : وثيقة الزواج تعتبر ورقة عرفية بالنسبة لسن الزوجين والوكالة المنسوبة الى الزوجة .

ما جاء فى وثيقة الزواج من ان الزوجة تبلغ ست عشر سنة تقريبا ، وانها وكلت عنها اخاها فى العقد ، فلا يلتفت اليه ـ لان وثيقة الزواج تعتبر ورقة عرفية فى ذلك ولم توقع عليها المعارضة فلا تنهض حجة عليها .

٣١/٦٧١ نجع حمادى (٢٦/٢/٣٢) م ش ٥/٣٦٣

□■□

(المبدا ١٧) : وثيقة الزواج اعدت لاثبات الزواج .

وثيقة الزواج اعدت لاثبات الزواج ، واعدت تبعا لذلك لاثبات شخصية المتعاقدين ، وذكر الوكالة بالوثيقة فى حالة تخلف أحد المتعاقدين عن مباشرة العقد بنفسه ، عنصر من عناصر اثبات الشخصية ، وبدونها لايتم عقد الزواج النافذ الذى اعدت الوثيقة لاثباته .

٤١/٢٦ أسوان (٧/٥/٤٢) م ش ١٤/١٢٣

□■□

(المبدا ١٨) : يثبت الزواج بالشهرة والتسامع ويجوز للشاهد ان يشهد به متى راى اثنين يتعاشران معاشرة الازواج متى كانت هذه المعاشرة قبل اغسطس ٣١ .

ان الزواج مما يثبت بالشهرة والتسامع ويحل للشاهد الذى لم يحضر عقد الزواج الشهادة عليه ، كما أنه يحل له أن يشهد به متى رأى رجلا وامرأة يتعاشران معاشرة الازواج فقد ذكر جامع الفصولين فى الجزء الاول ص ١٢٤ ما ياتى : (تجوز الشهادة بالتسامع فى أشياء منها النكاح حتى لو راى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس أنها زوجته ، وسعه أن يشهد أنها زوجته وان لم يعاين العقد) وبما أنه شهد بالمعاشرة باقى الشهود المذكورين من مضى ثلاث سنوات اى قبل اغسطس سنة ١٩٣١ .

٣٢/١١١ فارسكور (٣١/١٠/٣٢) م ش ٦/٧٦٥

□■□

(المبدأ ١٩) : اثبات الخلوة عسير .

اثبات الخلوة عسير ، لانها فسرت بأن تكون فى مكان ليس فيه احـد ، وليس بالزوجين مانع جسمى أو شرعى أو طبيعى وهـذا لا يمكن للشـهود الاحاطة به اللهم الا اذا تأيدت بعرف او حادثة ايجابية .

١٢١٣/٥٤ المحلة الكبرى (٤٧/٢/٢) م ش ٢١/٤٠٠

□■□

(المبدأ ٢٠) : القول للمطلقة رجعيا ان زوجها مات وهى فى عدته .

المنصوص عليه شرعا أن القول للمطلقة رجعيا أن زوجها مات وهى فى عدته ، فلا تكلف اثبات ان مورثها مات وهى فى العدة بل يكتفى شرعا بقولها ذلك .

٣٠/٦ ك المنصورة (٣١/٣/٢٢) م ش ٦٨/٢

□■□

(المبدأ ٢١) : اذا كان طريق اثبات موت المفقود بالبينة فطريق قبولها ان يجعل القاضى من فى يده المال خصما عنه او ينصب عليه فيما تقبل عليـه البينة لاثبات دعوى موته اذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله .

من حيث ان هذه الدعوى قد تضمنت طلب اثبات موت المفقود بالبينة وان المدعى عليها وكيلة عنه وماله فى يدها فلا مانع من أن تنتصب خصما فى هـذه الخصومة لان النص الفقهى يقضى بانه متى كان اثبـات موت المفقود بالبينة فطريق قبولها أن يجعل القاضى من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عليه فيما تقبل عليه البينة لاثبات دعوى موته اذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله : نص على ذلك فى الجزء الثالث من الدر المختار ورد المحتار ص ٣٤٢ لان من فى يده المال اما جاحده أو مقر به ، فهو اما غاصب مال ، أو مودع عنـده ، وكل واحد منهما ينصب خصما فى دعوى موت المفقود الذى طريق اثبـاتها البينة) (نص على ذلك فى الجزء الثانى من الانقروية فى أوائل السـابع من دعوى النـسب وفى كتاب الاصول القضائية ص ٤٧ من الدعوى) ولا كذلك اذا كان طريق اثبـاتها غير ذلك بأن كان موت الاقران او مضى تسعين سـنة مثلا ، فلا ينصب الوكيل المنصوب عنـه من قبل القاضى لأخذ حقـه وحفظ ماله

خصما عنه فيما يدعى على المفقود ولا فيما يدعى له لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل فيما ذكر من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وليس للورثة ما ذكر ايضا لانهم يرثون بعد موته ولم يثبت (نص على ذلك فى الجزء الثالث من الدر المختار ورد المحتار ص ٣٣٩) .

٣٠/٢٠٣ شبين القناطر (٣١/١/٢٩)　　　　م ش ٥٤٦/٣

(المبدا ٢٢) : يكلف المدعى باثبات دعواه ولو فى الاستئناف .

يكلف المدعى باثبات دعواه فى الاستئناف ولو سبق تكليفه بحصر ادلته واحضار جميع شهوده امام المحكمة الابتدائية .

٣١/٤١ العليا الشرعية (٣٢/٥/٩)　　　　م ش ٥٩١/٣

□■□

(المبدا ٢٣) : اذا اثبت المدعى بعض ما يدعيه حكم له به ولو اخفق فى اثبات البعض الآخر .

الذى جرى عليه العمل أن المدعى اذا ادعى حقا وأثبت بعضه وعجز عن اثبات البعض الآخر ، أو تبين انه مبطل فى بعض ما ادعاه ومحق فى باقيه فانه يجب الحكم له بالبعض الذى اثبته أو ظهر انه يستحقه ، ورفض دعواه فيما عدا ذلك،اما رفض الدعوى بكل الحق ما ثبت منه وما لم يثبت فلا وجه له شرعا بل هو تحكم فى ارادة المدعى لا مبرر له قانونا فان الدعوى بالحق المكون من عدة اجزاء هى دعوى بكل جزء منه ومطالبة بالحكم به .

٤٨/١٤ العليا الشرعية (٥٠/٥/٢٧)　　　　م ش ٢٠٨/٢٤

□■□

(المبدا ٢٤) : استصحاب الأصل حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للاثبات.

حيث انه وان كان الأصل بقاء ما كان على ما كان استصحابا للحال عند من يقول بذلك الا أن هذا الاستصحاب حجة ضعيفة تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لاثباته .

٣٨/١١ الصحراء الغربية (٣٩/٥/١٨)　　　　م ش ٨٣٧/١٠

□■□

(المبدأ ٢٥) : تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب . عدم وجود معيار للمدة التى يستغرقها الغضب .

تقدير توافر الأدلة على قيام حالة الغضب هو مما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير الدليل فى الدعوى فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغا وكان لا يوجد معيار طبى أو غير طبى للمدة التى يستغرقها الغضب تبعا لتفاوت مداه ومدى التأثير به بالنسبة لكل حالة .

نقض ٤٨/٢٨ ق — س ٣١ ص ٥٠٠ ح ١

□■□

(المبـدأ ٢٦) : دعوى الارث بسبب البنوة متميزة عن دعوى اثبات الزوجية او اثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها .

دعوى الارث بسبب البنوة ــ دعوى متميزة عن دعوى اثبات الزوجية أو اثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها ، ومن ثم فان اثبات البنوة الذى هو سبب الارث لا يخضع لما اورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع تلك الدعوى الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمى فى الحوادث الواقعة من أول اغسطس ١٩٣١ اذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال فتكون هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة .

نقض ٢٨/٢ ق — س١١/٣٨٣

□■□

(المبدأ ٢٧) : طلب الزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده .
رفض طلب الزام الخصم بتقديم المحرر المدعى بوجوده .
لا محل لحلف اليمين المنصوص عليه فى المادة ٢٣ من قانون الاثبات .

لئن كانت المادة ٢٠ من قانون الاثبات رقم ١٩٦٨/٢٥ تجيز للخصم ان يطلب الزام خصمه بتقديم اى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده ، او توافرت احدى الأحوال الواردة بها ؛ وأوجبت المادة ٢١منه ان يبين فى الطلب الدلائل والظروف التى تؤيد انه تحت يد الخصم،الا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقا بأوجه الاثبات متروك لقاضى الموضوع ، فله أن يرفضه اذا تبين عدم جديته ، وله أن يكون عقيدته من الأدلة التى يطمئن اليها ، كما ان

تقدير الدلائل أو المبررات التى تجيز للخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده هو نظر موضوعى يتعلق بتقدير الادلة مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض .

نقض ٤٣/١ ق　　　　س ٢٧ ص ٥٦٩

□■□

(المبدأ ٢٨) : اثبات البنوة ـ وهى سبب الارث ـ بالبينة جائز قانونا.

ولما كان اثبات البنوة كسبب للارث ـ محل النزاع ـ بالبينة جائزا قانونا فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود او مطلوب بالدعوى(١). ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى القانون او القصور فى التسبيب باجازته الاثبات بالبينة واغفاله ذكر السبب الذى يرد اليه النسب شرعا فى غير محله .

٢٨/٢ ق (٦٠/٥/٥)　　　　س ٣٨٣/١١

□■□

(المبدأ ٢٩) : الرسائل الموقع عليها لها قوة الدليل الكتابى . الاقرار الوارد فى خطاب اقرار غير قضائى .

لما كان المقرر فى قضاء النقض أنه وان كان للرسائل الموقع عليها قوة الدليل الكتابى من حيث الاثبات الا أن الاقرار الوارد فى خطاب اقرار غير قضائى يخضع لتقدير القاضى .

نقض ٥٢/٣٣ق　　　　ج ١٩٨٤/٤/٢٤ لم ينشر

□■□

---

(١) وهو اثبات الزوجية او اثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها .

(المبدأ ٣٠) : يثبت النسب فى الشريعة الاسلامية بالاقرار .

يثبت النسب فى الشريعة الاسلامية بالاقرار ، واذ عول الحكم المطعون فيه على اقرار المورث للمطعون عليهما بالنسب ، فانه يكون صحيحا فيما انتهى اليه .

نقض ٢٣/٤٤ ق   س ٥٩١/١٨

□■□

(المبدأ ٣١) : المستخرج الرسمى بالميلاد ليس حجة الا فى القيد بالتاريخ الثابت به .

المستخرج الرسمى بالميلاد ليس حجة الا فى القيد بالتاريخ الثابت به .

٥١/٤٨٣ ميت غمر (١٥/٤/٥٢)   م ش ٤٣٧/٢٣

□■□

(المبدأ ٣٢) : ورقة الميلاد لا تكفى فى اثبات النسب .

ورقة الميلاد التى تستخرج من مصلحة الصحة بناء على حكم صدر بعد شكوى من المدعية بالنسب والوفاة والوراثة ــ غير كافية لاثبات الدعوى ــ فاذا استوفت الدعوى جلسات الاثبات ولم تقدم المدعية غيرها للاثبات تعين الحكم عليها بعجزها عن اثبات دعواها .

٣٩/٩٦ العليا الشرعية (٢٤/١٢/٤٠)   م ش ٢٤/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٣٣) : التوقيع بالبصمة كالتوقيع بالامضاء .

التوقيع ببصمة الأصبع كالتوقيع بالامضاء او الختم ، بل هى اقوى فى الدلالة على صحة الورقة ، وبما ان التوقيع بالبصمة كالتوقيع بالختم والامضاء بل اقوى دلالة لأنه يمكن تقليد الختم او الامضاء بخلاف البصمة فانه لا يمكن تقليدها كما هو ثابت من قول الاخصائيين .

٣٢/١٧٦٨ كرموز (١٢/١٠/٣٣)   م ش ١٩٦٧/٥

□■□

(المبدأ ٣٤) : حجية الورقة الرسمية فى الاثبات .

حجية الورقة الرسمية قاصرة على البيــانات التى تتفق وما قام به محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . البيانات الأخرى الذى يدونها نقلا عن ذوى الشـــأن المرجع فى اثبات حقيقتهـــا الى القواعد العامة فى الاثبات .

نقض ٤٩/١٨ ق ١٩٨٢/٢/٢٣ لم ينشر بعد

□■□

(المبدأ ٣٥) : اثبات ما يدور فى جلسة المرافعة ــ شرطه .

احتجـــاج الخصوم أو محاجتهم بما اتخـــذ فى الدعوى من اجراءات للاثبـــات وما أدلوا به أو وكلائهم من قرارات أو أبدوه من دفوع أو دفاع شفاهة بالجلسة شرطه ان تكون واردة فى محاضر الجلسة ومدونة بواسطة الكاتب .

نقض ٥١/٤٣ ق ح ١٩٨٢/٦/١٥ لم ينشر بعد

□■□

(المبدأ ٣٦) : شهادة الميلاد لا تعد بمفردها حجة فى اثبات النسب ، وان كانت تعد قرينة عليه .

شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة فى اثبات النسب ، وان كانت تعد قرينة عليه ، اذ لم يقصد بها ثبوته وانما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها ووضعت له ، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بنـــاء على طلب الأب أو وكيله بل يصح بالاملاء من القابلة او الأم فلا يعد نسبة الطفل فيها الى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها .

نقض ٤٤/١١ ق س ٢٧ ص ٣٩٩

□■□

(المبدا ٣٧) : اعلامات الوفاة والوراثة الصادرة من المجالس المالية ـ حجيتها .

اعلامات الوفاة والوراثة التى تعارفت المجالس الملية لمختلف الطوائف على ضبطها لا تخلو من حجية ، سواء اعتبرت أوراقا رسمية أو عرفية ، والجدل فيما انطوت عليه دلالتها من وفيات أو غيرها هو جدل موضوعى فيما يملكه قاضى الدعوى لا تجوز اثارته أمام محكمة النقض .

نقض ٣٣/١٢ ق ش ٥٧/١٨

اقـــرار : (١)

□■□

(المبدا ٣٨) : الاقرار اقوى الحجج الشرعية .

اعتراف المدعى عليها بالمعاشرة من غير محلل شرعى بنـاء على فتوى عالم لا يصح التعويل عليها فى مثل هذه الحالة والاستمرار على هذه المعاشرة والواجب الأخذ بهذا الاعتراف معاملة للمدعى عليهما باقرارهما ، وهو حجة بنفسه ولا يحتاج معـه الى شىء آخر لثبوت الحق به وحده ـ وهو أقوى الحجج الشرعية كمـا نص على ذلك فى الجزء الأول من التكملة لابن عابدين ص ٣٠٦و٣١٢ .

٢٦/١٧٩٥ جرجا (٢٧/١١/٢٦) م ش ٣٥٦/٣

□■□

(المبدا ٣٩) : الاقرار حجة ملزمة بنفسه لا يحتاج فيه الى القضاء .

النص الشرعى يقضى بأن الاقرار حجة ملزمة بنفسـه لا يحتاج فيه الى القضاء ، واطلاق اسم القضاء عليه مجاز ، وانما هو أمر بالخروج عما لزم المقر باقراره لأن الحق ثبت به بدون حكم لا بالقضاء ـ كما نص على ذلك فى الجزء الأول من التكملة لابن عابدين ص ٣٠٦ ، ٣١٢ .

٣٨/١٦٣ س ك بنى سويف (١٠/٤/٣٨) م ش ٣٥٢/٩

□■□

---

(١) الاقرار لغة من قر الشىء فى مكانه اذا ثبت وسكن وشرعا اخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه .

(المبدأ ٤٠) : الاقرار حجة على المقر .

المنصوص عليه شرعا انه لو اقر الزوج بطلاق زوجته منـذ زمن مضى وجحدت الزوجة الطلاق ولم تقم عليه بينة عادلة ، فان القاضى لا يقبل قول الزوج انه طلقها منـذ زمن مضى ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عنـد القاضى لأنه يصدق فى حقه لا فى ابطال حق الغير .

٢٧/٦٢٠ ابو قرقاص (٢٩/١٢/٢٢) م ش ٤٣٥/١

□■□

(المبدأ ٤١) : الاقرار حجة على المقر ـ الطعن عليه .

الاقرار حجة على المقر والطعن فى الاقرار بأن المقر قد حجر عليه للعته بعد اقراره لا قيمة له ما لم يقم الدليل على انه وقت الاقرار كان معتوها .

٥٢/٣٩ العليا الشرعية (٥٢/١٢/١٤) م ش ١٨١/٢٣

□■□

(المبدأ ٤٢) : الاقرار اقوى من البينة . تكذيب المقر نفسه . شرطه.

ان الفقهاء لمـا قالوا ان الاقرار أقوى الحجج لأن العـاقل لا يقر على نفسـه أو ماله ، بنوا على هذا أن المقر اذا ادعى كذب اقراره ولم يصـدقه المقر له كأنه انما يدعى شـيئا غير مصدق عند العقلاء فلا يقبل منـه هذا الادعاء ولا يقبل منـه بينة عليه ـ وهذا مذهب الامام ابى حنيفـة ومحمد رضى الله عنهما ـ وقال ابو يوسف رحمه الله : تقبل دعواه ولـكن لا تقبل فيـه بينة عليها وانما يحلف المقـر له (الدر وتكملة رد المحتـار قبل باب الاستثناء من كتـاب الاقرار) والعلة فى أن أبا يوسف يجيز سماع دعوى الكذب فى الاقرار ولا يجيز سماع بينة عليها هى ان الاقرار أقوى من البينة، فما يثبت باقرار لا تقوى البينة على هدمه ، ولأن البينة تفيد اثبات الملك من الأصل . والاقرار انشاء من وجه واخبـار من وجه فعلى الوجه الأول يعتبر الاقرار تمليكا يستند الى وقت الاقرار ، فالبينة لا تقوى على كذبه انما تفيد اثبات الملك من الأصل وهذا لا يقطع بعدم طرؤ انتقال الملك الذى

دل عليه الاقرار باعتباره انشاء من وجه ، ويؤكد هذا الفرق الذى ذكرناه بين البينة والاقرار ـ ان الفقهاء نصوا على أن زوائد الملك لا تستحق فى حالة ثبوت الملك بالاقرار لأن الاقرار انما يفيد الملك فى الحال باعتباره انشاء من وجه ـ ولكن اذا ثبت الملك بالبينة استحقت زوائد الملك لأن البينة تعيد اثبات الملك من الأصل .

٤١/١٦١ ك مصر (٤/١٠/٤٢) ت س م ش ٣٦/١٤

□■□

(المبدا ٤٣) : الاقرار ـ شرطه .

يشترط فى الاقرار أن يكون صادرا من الخصم عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه وفى صيغة تفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم (١) .

نقض ٣٢/٨ق س ٨٥٠/١٦

□■□

(المبدا ٤٤) : الاقرار الناشىء عن خطا فى فهم الشرط ، لا عبرة به ولا يعول عليه .

الاقرار الناشىء عن خطا فى فهم شرط الواقف لا عبرة به ولا يعول عليه، واذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون عليه قد جرى فى قضائه على أن عدم المطالبة بالاستحقاق لا يعتبر ردا له وان المطعون عليه كان يجهل ما تقتضيه شروط الوقف فى شان نصيب العقيم ولما تبين له وجه الاستحقاق بادر الى المطالبة به وجهله بما يقضى به القانون فى شان ماورد بحجة الوقف يعتبر خطا فى القانون لا يعتد به ، فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطا فى تطبيقه .

نقض ٣٢/١١ ق س ٥١٩/١٧

□■□

---

(١) شروط الاقرار : ١ ـ العقل ـ٢ـ الاختيار ـ٣ـ ذكر المقر له وان يكون أهلا لثبوت الحق . قانون الاثبات ٦٨/٢٥ نظم الاقرار فى مادتيه ١٠٣ ، ١٠٤ .

(المبدا ٤٥) : الاقرار شرعا . ماهيته .

يشترط لصحة الاقرار شرعا وجوب ان يفيـد ثبوت الحق المقر به على سـبيل الجزم واليقين ، فلو شابه مظنـة أو اعتوره اثارة من شك فى بواعث صدوره فلا يؤاخذ به صاحبه ولا يعتبر من قبيل الاقرار بمعناه .

نقض ٢/٤٧/٢ ق س ٢٩ ص ١٦٧٥

□■□

(المبدا ٤٦) : معاملة المقر بمقتضى اقراره جائز شرعا وجارى عليـه العمل بالمحاكم .

اذا انشأ الزوج طلاق زوجته اما مالمحكمة وقال ان هذه الطلقة مكملة للثلاث فتثبت المحكمـة الطلاق على الزوجة وتصفه بأنه بائن بينونة كبرى بدون ان تكلف الزوج اثبات سبق هذه الظلقة بطلقتين وذلك لمعـاملة المقر باقراره شرعا .

٤٤/١٠٣٦ اسيوط (٤٥/٨/٩) م ش ٢٥٤/٨

□■□

(المبدا ٤٧) : اذا أقر المدعى عليه بالدعوى الموجهة اليه من الشاهد حسبة ثم تبين غش هـذا الشاهد فلا يؤثر ظهور غش الشاهد فى معـاملة المقر باقراره .

حيث ان المدعى قد طلب معاملة المدعى عليها بهذا الاعتراف فلا يؤخذ به ولا يلتفت اليه لأن ظاهره على خلاف باطنه اذ أن ظاهره الاغراء على الأخذ به ومعاملة المدعى عليها بمقتضاه ، وباطنه الاحتيال على صدر حكم التفريق بموجبه وهـذا ليتذرع المدعى عليهما بهذا السبب وينتفعـا بحكم التفريق المتسبب عنه ويصح لهما حينئذ تجديد النكاح فى الحال بعـد صدور حكم التفريق فورا واستمرار المعاشرة ضاربين صفحا عن ذلك النكاح الذى ظهر بطلانه ويبقى عندئذ المحرم الذى ارتكباه بالمعاشرة من غير محلل شرعى على حاله ولم يرفع ، فيجب أن يرد عليهما ذلك القصد السيىء ولا يلتفت لهذا الاقرار لعدم صحته وليس فى عدم الأخذ به تفويت حق شرعى ، بل فى الأخذ به فى هذه الحالة تفويت حق لله سبحانه وتعالى والواجب المحافظة عليـه والدفاع عنه خصوصا وقد ظهر هذا الفرض جليا باعترافهما المتضمن كذبا

ان المعاشرة كانت من غير محلل شرعى .

١٧٩٥/٢٦ جرجا (٢٧/١١/٢٦) م ش ٢٥٥/٢

□■□

(المبدا ٤٨) : حكم الاقرار .

الاقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده فلا يجوز اعمال اثره على من عداهم .

نقض ١٢٥/١٥ ، ٣٧/٢٠ ق (٥٢/١/٣)

□■□

(المبدا ٤٩) : سبب الاقرار ــ حكمه .

الاقرار لا يكون سببا لمدلوله ، وانما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه فى زمن سابق، فحكمه ظهور ما أقر به المقر، لا ثبوته ابتداء ، ويكون الاقرار صحيحا نافذا ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه ، فاذا اقر الولد لوالده فى ورقة حررها بانه يملك عقــارا معينا نفذ عليه حكم هــذا الاقرار ولو كان لم يذكر فيه سبب الملك المقر به .

نقض ٣٠/٥ ق ٣٦/٢/٦

□■□

(المبدا ٥٠) : قبول المقر له .

لا تستلزم الأقارير قبول المقر له ، وانما ترتد برده فقط .

نقض ١٠٧/٤ ق (٣٥/٥/٢٣)

□■□

(المبـدا ٥١) : يجب ان يكون الاقرار متعلقـا بواقعـة لا بالتطبيق القانونى .

لكى ينتج الاقرار أثره القانونى يجب أن يكونمتعلقا بواقعة لا بالتطبيق القـانونى ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شـأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، واذن فاذا كان اقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ١٩٤٦/٧١ على الوصية موضوع النزاع فانه لا يقيد المحكمة بشىء .

نقض ٢٠/٣٤٨ ق ٥٣/١٠/٢٢

□■□

(المبدا ٥٢) : الاقـرار بالنسب المجرد ـ أثره ـ ثبـوت النسب . ولو كانت الظواهر تكذبه .

المقرر فى قضاء النقض ان النسب يثبت بالدعوة ، وهى الاقرار المجرد بالنسب بما ينطوى على اعتراف ببنوة الولد بنوة حقيقية ، وانه تخلق من مائه ، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ، ولا ينفك بحال . وكان الراجح فى مذهب الأحنـاف ثبوت النسب بهـذا الطريق دون أن يقرن به ما يبين وجهه ، حتى لو كانت الظواهر تكذبه، وكان لا يحول دون ذلك ورود الاقرار لاحقا على التبنى لما ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع طالما لم يبين وقت اقراره سبب هذه البنوة .

نقض ٤٣/٢ ق س ٢٧ ص ٥٩٤

□■□

(المبـدا ٥٣) : النسب يثبت بالفـراش الصحيح ـ وهـو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به .

من الأصول المقررة فى الشريعـة الاسلامية ان الولد للفراش ، وفرع الفقهاء على هذا الأصل ان النسب يثبت بالفراش الصحيح ، وهو الزواج الصحيح وملك اليمين ، وما يلحق به ، وهو المخالطة بناء على عقـد فاسد او بالدعوة فى وطء بشبهة .

نقض ٣٩/١٩ ق س ٢٤ ص ٦٧٨

□■□

(المبدأ ٥٤) : اثبات النسب فى جانب الرجل .

النسب يثبت فى جانب الرجل – على ما جرى به قضاء النقض – بالفراش وبالاقرار والبينة .

نقض ٣٨/٢٧ ق　　　　　　　　س ٢٣ ص ١١٣٢

□■□

(المبدأ ٥٥) : اثبات النسب – الفراش – الاقرار – البينة .

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت السبب . وأنه كما يثبت بالفراش حال تحقق شروطه ، فانه يثبت بالاقرار به ، ويثبت عند الانكار باقامة البينة عليه .

نقض ٣٩/٢٩ ق　　　　　　　　س ٢٦ ص ٤٨٦

□■□

(المبدأ ٥٦) : حق الوارث فى اثبات اخفاء عقود البيع الصادرة من مورثه لوصايا وذلك بكافة طرق الاثبات .

لما كان للوارث الحق فى أن يثبت بكافة طرق الاثبات القانونية ان عقود البيع الصادرة من مورثه تخفى وصايا ، ولم يكن فيما قرره الحكم المطعون فيه ما يدل على صحة ما يدعيه الطاعنون من أنه لم يعتبر التصرف المنجز فى ظاهره والساتر فى حقيقته لوصية تحايلا على احكام الميراث بل انه قد أجاز لهم أن يثبتوا بكافة طرق الاثبات طعنهم فى العقود على الرغم من صراحة نصوصها فى الدلالة على أنها عقود بيع منجزة ، واذ صح لدى المحكمة اخفاق الطاعنين فى اثبات طعنهم فى هذه التصرفات فقد اعتبرت هذه العقود منجزة فى حقيقتها وخالصة من التحيل على أحكام الارث ، ومن ثم فان النعى على الحكم بخطئه فى ادراك معنى التحيل على أحكام الارث ، يكون على غير أساس .

نقض ٢٦/٤٥٩ ق　　　　　　　　س ١٤ ص ٥٨٣

□■□

(المبدا ٥٧) : الاحتجاج بالاقرار على الوارث .

الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة الى الاقرارات الصادرة من المورث ومن ثم فانها تسرى عليه ، غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الاثبات أن حقيقتها وصية قصد بها ايثار أحد الورثة اضرارا به .

نقض ١ ، ١٩/٢ ق (٥١/٤/١٩)

□■□

(المبدا ٥٨) : حجية اقرار المورث .

الأصل فى اقرارات المورث انهـا تعتبر صحيحة وملزمة لورثتـه حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، واذا كان القـانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الاقرارات من الاثبات الكتابى فى حالة ما اذا طعنوا فيهـا بانها فى حقيقتها وصية قصد بها ايثار بعض الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لاهدار حجية هـذه الاقرارات ، بل يجب لذلك ان يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الاثبات .

نقض ١٩/٣٤ ق (٥١/١/١٩)

□■□

(المبدا ٥٩) : اقرار طرفى النسب المدعى بان الولد محصول سفاح مانع من ثبوت نسبه من واحد منهما .

وحيث ان الدعوى غير مسموعة شرعا لأن طرفى النسب فى هذه الدعوى قد أقرا بأنهما كانا يعيشان مع بعضهما عيشة غير مشروعة وان الصغيرة من محصول سفاح ، وقد نص فى المبسوط على أنه اذا اقر رجل بأنه زنا بامرأة حرة وأن هذا الولد ابنـه من الزنا وصدقته المرأة فان النسب لا يثبت من واحد منهما وبنـاء على هذا تكون دعوى ثبوت نسب هذه الصغيرة على هذا المقر غير مسموعة سواء أكانت مرفوعة من والدتها أم من غيرها .

٣١/١٣٨٥ س ك مصر (٣٢/٧/١٨) م ش ٨٧٣/٣

□■□

(المبدأ ٦٠) : يشترط لصحة الاقرار فى دعوى الوراثة بوارث آخر أن يكون المقر له مجهول النسب .

يشترط لصحة الاقرار الذى تبنى عليه المشاركة فى الميراث أن يكون المقر له مجهول النسب ، كما يعلم ذلك من الفصل التاسع والعشرين من جامع الفصولين ص ٣١ ، ٣٢ جزء ثان ومن حاشية الحموى على الأشباه ص ٢٥ جزء ثان من كتاب الاقرار ، على أن النص الذى فى حاشية الحموى السابق الاشارة اليه يدل على انه يشترط فى اقرار المورث الا يكون المقر له معروف النسب وفى البدائع وغيرها ص ٢٢٩ جزء سابع ما هو صريح فى انه يشترط فى صحة اقرار المورث بوارث الا يكون المقر له معروف النسب .

٣٤/١٢٠ العليا الشرعية (٢٦/٢/٤) م ش ٣٣٠/٧

□■□

(المبدأ ٦١) : تكذيب الحاكم مبطل للاقرار .

المعروف شرعا أن تكذيب الحاكم مبطل للاقرار فلا وجه لمعاملة المقر باقرار باطل شرعا .

٣٥/٣١٠ س ك أسيوط (٢٦/١١/٢٢) م ش ٢١٢/٤/٨

□■□

(المبدأ ٦٢) : المقر بالمال فى التركة يعامل باقراره .

يقضى الفقه بأن المقر بالمال فى التركة يعامل باقراره ويؤمر بالدفع الى المقر له كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من جامع الفصولين فى أواسط الفصل الثانى والعشرين من الفتاوى الخانية فى اوائل باب اليمين .

٣٥/٣١٠ س ك أسيوط (٢٦/١١/٢٢) م ش ٢١٢/٤/٨

□■□

(المبدا ٦٣) : الاقرار حجـة على المقر شرعا ـ الاقرار بطـلاق رجعى سابق على الخصومة .

الاقرار حجـة على المقر شرعا ، فمن اقر بطلاق زوجته طلاقا رجعيـا بتاريخ سابق على تاريخ الخصومة وكان هذا الاقرار ثابتا بورقة رسمية عومل باقراره من تاريخ تلك الورقة .

٣٦/٤٤٣ فوة (٣٨/٢/٦)　　　　م ش ٧٤١/٩

□■□

(المبـدا ٦٤) : الاقرار بغـير الأبوة او البنـوة ، لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه النسب ، أو البرهنة عليه بالبينة .

الاقرار بمـا يتفرع عن اصل النسب وهو الاقرار بغـير الأبوة والبنوة ـ كالاقرار بالخؤولة ـ وان كان لا يثبت به النسـب الا بتصـديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينة لأن فيه تحميلا له على الغير ، الا ان المقر يعامل باقراره من ناحيـة الميراث وسـائر الحقوق التى ترجع اليـه كمـا لو كان النسب ثابتا من المورث حقيقة .

نقض ٤٦/١٧ ق　　　　س ٢٩ ص ٥٧٠

□■□

(المبدا ٦٥) : الاكراه يفسد الاقرار .

المتفق عليه أن الاقرار يفسد بالاكراه سواء اكان بملجىء من قتل المكره أو قطع عضو هأو اتلاف كل ماله . او بغير ملجىء من نحو التهديد بحبسـه أو ضربه والحق الفقهاء التهـديد بحبس الأبوين والأولاد بذلك استحسـانا ، وجاء فى الدر المختار عن مجمع الفتاوى أن الزوج اذا منع امراته المريضة عن المسير الى ابويها حتى تهبه مهرها فوهبته كانت الهبة باطلة ـ وان الأب اذا منع بنته البكر عن الزفاف الى زوجها حتى تشهد أنها استوفت منه ميراث أمها فأقرت بذلك ثم أذن لها بالزفاف لا يصح اقرارها لأنها فى حكم المكره .

٤٠/٤١٨ جرجا (٤١/٢/٢٦)　　　　م ش ٨٨/١٢

□■□

(المبـدا ٦٦) : الاقرار بوارث لا يقتضى مشـاركة المقر له للمقـر فى الميراث .

المنصوص عليه شرعا ان الاقرار بوارث لا يقتضى مشاركة المقر له للمقر فى الميراث الا اذا كان المقر له مجهول النسبة (راجع الفصل التاسع والعشرين من جامع الفصولين ص ٣١ ، ٣٢ جزء ٧ وحاشـية الحموى على الأشـباه ص ٢٥ جزء ٢) .

١٩١/٤٠ العليا الشرعية (١٦/١٢/٤٤) م ش ١٨/١٢

□■□

(المبدا ٦٧) : : الاقرار بالحق بعد الابراء منه غير معتبر ـ الاقرار بعد قبوله لا يرتد بالرد .

ان الاقرار بعد قبوله لا يرتد بالرد ـ لأن اقرار المدين بالدين بعـد ان أبرىء منه لا يفيده فقد نقل ابن عابدين فى رسالته اعلام الأعلام بأحكام الاقرار العام فى الجزء الثانى ص ١٠١ ما يأتى : (قال فى الأشباه أبراه ابراءا عاما ثم اقر بعده بالمال المبرىء منه لا يعود بعد سقوطه) انتهى .

٤٢/٤٨٧ ك مصر (٣٠/٦/٤٥) ت س م ش ٤٠٥/١٧

□■□

(المبدا ٦٨) : سماع دعوى الكذب فى الاقرار .

الفقه فى هذه الحالة هو انالاقرار الذى اختلف أئمتنا فى سماعالدعوى فيه وعدم سماعها انما هو الاقرار بحقوق العبـاد لأنها هى التى ترتد بالرد وبتكذيب المقر له اجمـاعا وكذا بنكوله على مذهب أبى يوسف . أما الاقرار بحق من حقوق الله كالاقرار بالطلاق فانه لا يرتد بالرد من احد ولا بتكذيب من احد ولا بنكول من احد والشـأن فيه ليس كالشـان فىالاقرار بحق من حقوق العبـاد ـ فالمقر بالطلاق لو كذبتـه زوجته فى هـذا الاقرار لا يبطل الاقـرار .

٤١/١٦١ ك مصر (٤/١٠/٤١) ت س م ش ٣٦/١٤

□■□

(المبدأ ٦٩) : لا تقبل دعوى الخطأ فى الاقرار بالطلاق .

النصوص الشرعية على أن دعوى الخطأ فى الاقرار بالطلاق غير مقبولة قضاء فمن باب أولى لا تقبل دعوى الكذب فى هذا الاقرار لأنه اقرار بحق من حقوق الله .

١٦١/٤١ ك مصر (٤٢/١٠/٤) ت س   م ش ٣٦/١٤

□■□

(المبدأ ٧٠) : اقرار الزوج بطلاق على مال لم يثبت يقع به طلاق بائن.

المذهب أنه يقع به طلاق بائن لانه أقر بطلاق من شـأنه أن يكون بائنـا فيعامل به وان لم يقدر على اثبات البدل لأن البدل فيه قائم حكما .

١٦١/٣٩ أبنوب (٤٠/١/١٥)   م ش ١٠٢/١٢

□■□

(المبدأ ٧١) : هل اذا اقر الزوج فى وثيقة الزواج عند حصول عقـده ببقـاء مقدم الصداق فى ذمتـه يجعله مقرا بهـذا الحق ولو مضى على هـذا الاعتراف خمسة عشر سنة فتسمع الدعوى به اذ انه يلزم لقطع النزاع سريان المدة تجدد اعترافه بهذا الحق ؟

لا أعرف نصا فقهيـا يجعل الاقرار لزمن معين ينتهى بانتهـائه ويزول بزواله بحيث يبطل هذا الاقرار لمجرد مرور وقت من الأوقات عليه ، والمدعى عليه قد باشر زواجه بنفسـه واعترف ببقاء مقدم الصداق فى ذمته فى الوثيقة الرسمية التى لا مجال للطعن فيها الا من طريق الادعاء بتزويرها وهذا الاقرار الذى تدون بها يجب أن يظل قائما وساريا عليه حتى يوجد ما يبطله ــ ومع قيام هذا الاقرار لا يتوجه الدفع بعدم السماع لأن الشرط الأساسى للحكم به وهو انكار الحق لم يتحقق ــ على أن البعض يرى أن هـذا المنع اجتهاد من الفقهاء .

٣٦/٧٧٦ تلا (٣٧/٧/٢٠)   م ش ٢٩٢/٨

□■□

(المبدا ٧٢) : منــاط صحة الاقرار فى حق الميراث ومشاركة المقر له بالنسب للمقر فى نصيبه فى الميراث ـ اذا لم يصدقه الورثة الآخرون ـ هو ان يكون الاقرار فيه حمل للنسب على غير المقر ابتداء ثم يتعدى الىالمقر نفسه.

مناط صحة الاقرار فى حق الميراث ومشاركة المقر له بالنسب للمقر فى نصيبه فى الميراث اذا لم يصدقه الورثة الآخرون هو أن يكون الاقرار فيه حمل للنسب على غير المقر ابتداء ثم يتعدى الى المقر نفسه وذلك كما اذا اقر انسان بان فلانا اخوه فان معناه أن يجعله ابنا لأبيه أولا ثم يلزم من ذلك أن يكون اخا له أى للمقر نفسه فاذا لم يصدقه الاخوة الآخرون لم يثبت النسب ولكن يشارك المقر له المقر فى نصيبه فى الميراث .

٢٦/٣٧ ق (٥٩/٢/١٢) س ١٠/١٦٥

□■□

(المبدا ٧٣) : اقرار ناظر الوقف بما لا يملك انشاءه او بما يضر بمصلحة الوقف ـ غير ملزم للوقف .

اقرار ناظر الوقف بما لا يملك انشاءه أو بما يضر بمصلحة الوقف ، لا يعتبر ملزما للوقف .

نقض ٣٦/٤٤٢ ق س ٢٢ ص ٤٦٧

□■□

(المبدا ٧٤) : عدم ممانعة المدعى عليه فى اعتبار المدعى من الورثة اذا ثبت هذا الحق قضائيا لا يعتبر ذلك اقرارا بالحق المدعى به .

اذا كان المدعى عليه لم يمانع فى اعتبار المدعى من الورثة اذا ثبت للمحكمة ذلك فان البادى من هذه العبارة هو تعليق عدم الممانعة فى الحق على ثبوت هذا الحق قضائيا فهى عبارة جدلية لا تتضمن التسليم بطلبات الخصم ولا الاقرار له بالحق المدعى به .

نقض ٢٦/٢٩ ق س ٩/٦٠٣

□■□

بينـــــة (١) :

(المبدا ٧٥) : البينة شرعت للاثبات لا للنفى .

البينة انما شرعت للاثبات لا للنفى واليمين انما هى على النفى لا على الاثبـات .

٤٣/٢٨ المنشية (٤٤/٣/٤) ت س م ش ٤٠٠/١٧

□■□

(المبدا ٧٦) : الأصل فى ترجيح البيانات انما هو كونها مثبتـة خلاف الظـاهر .

نص الفقهاء على أن الأصل فى ترجيح البيـانات انما هو كونها مثبتـة خلاف الظاهر فلو تعارضت بينة اليسار مع بينة الاعسار فبينة اليسار أولى لأن اليسار عارض والبيانات شرعت للاثبات ـ ولو تعارضت بينة من يدعى فساد النكاح مع بينة من يدعى صحته فالبينة بينة مدعى الفسـاد ـ وعلله السرخسى فى المحيط بأن الصحة ثابتـة بظاهر الحال والفسـاد امر حادث يحتاج الى اثباته (يراجع تنقيح الحامدية ج ١ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣) .

٤٦/٩٣٨ أسيوط (٤٧/٩/١٨) ت س م ش ١٩٠/١٩

□■□

---

(١) البينـة : تطلق فى الاصل على كل ما يبين الشيء ويظهره . ولكن الفقهـاء خصوها بالشـهادة ولذلك جعلوها قسيما للاقرار والنكول عن اليمين فمتى ذكر لفظ البينـة فى كلامهم فلا يراد به الا الشهادة . والشهادة هى الحجة الثانية ثبات الدعوى (راجع كتاب المرافعات الشرعية للاستاذ / محمد زيد الابيانى) .

البينة فى كلام الله تعالى ورسله والصحابة اعم منها فى كلام الفقهاء ؛ فهؤلاء قد خصوها بالشاهدين او الشاهد واليمين ، لكنها فى كلام الله كل ما بين الحق قال تعالى « لقد ارسلنا رسلنا بالبينات » (القرآن والمنهج العلمى المعاصر للمستشار عبد الحليم الجندى) .

(المبدا ٧٧) : البينة تقبل على الشرط وان كان نفيا .

تقبل البينـــة على الشرط وان كان نفيـــا فلو قال ان لم تجيء صهرتى الليلة فامراتى كذا فشهدا انها لم تجئه قبلت وطلقت (١) منه كما فى المنح ، ولو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه كما فى المبسوط ـ ولو ادعت انه طلقهـــا من غير شرط والزوج يقول طلقتها بالشرط ولم يوجد فالبينة فيه للمرأة كما فى البحر عن القنيـــة وجرى على ذلك صاحب الهداية وغيره .

٣٩/٤٥٣ كفر الزيات (٢١/٥/٤٠)   م ش ١٩/١٩٣

□■□

(المبدا ٧٨) : بينة الصحة مقدمة على بينة مدعى العته ؟

بينة الصحة مقدمة على بينة مدعى العته ـ فاذا لم تثبت الصحة حكم بموجب العته بيمين مدعيه .

٣٩/٣٣٥ ك مصر (١٢/٣/٤١)   م ش ١٦/٩/٣٩٧

□■□

(المبدا ٧٩) : الظاهر يصلح حجة للدفع والبينة بينة من يدعى خلافه.

القـــاعدة الشرعية أن الظاهر انما يصلح حجة للدفع والبينة بينـــة من يدعى خلاف الظاهر .

٤١/١٤٥ العليا الشرعية (١٤/٦/٤٣)   م ش ١٥/٤٠

□■□

---

(١) راجع المادة ٢ ق ٢٥/١٩٢٩ .

(المبدأ ٨٠) : لا يشترط فى البينة ان تكون بتمامها عند القاضى الواحد فللمحكمة التى تحكم فى الدعوى ان تاخذ بالشهادة التى سـمعت امام غيرها من القضاة .

لا يشترط فى الشهادة ان تكون بتمامها عند القاضى الواحد بل يصح أن يكون بعضها عند القاضى وبعضها عند نائبه وأن القاضى يقضى بما شهدوا به عنـد النائب كما نص على ذلك فى متن التنوير وشرحه فى كتاب القـاضى للقاضى . وجاء فى الفواكه البدرية لابن الفرس ص ٩٤ ، أن البينة اذا أقيمت على الدعوى عند نائب القاضى ثم رفعت الدعوى الى مستنيبه له أن يبنى على ما دفع عند نائبه ويقضى به وكذا لو كان ابتداء الحادثة عند القاضى وانتهاؤها عند النـائب له أن يحكم ويكون حكمه معتبرا شرعا ــ وقد جاء فى آخر باب « ما يجوز فيه القضاء وما لا يجوز » من الفتاوى الهندية ان القاضى اذا سمع الدعوى والشهادة وامر نائبـه بالحكم وهو مأذون بالاسـتخلاف فحكمـه صحيح . وعلى ذلك المادة ١٨٠٦ من مجلة الأحكام العدلية ، فقد نصت على أن للنائب أن يحكم بالبينـة التى سمعها نائبه وأن الحاكم اذا سمع بينـة فى ضمن دعوى وأخبر بها النائب فله أن يحكم باخبار الحاكم من دون أن يعيد البينـة .

١٧٤١/٣٣ الجمالية (٣٤/٤/١٤) م ش ٦/٤٤٠

□■□

(المبدأ ٨١) : بينة كون المتصرف ذا عقل اولى من بينة كونه مجنونا .

المنصوص عليه شرعا أن بينة كون المتصرف ذا عقل ــ أولى من بينـة كونه مجنونا أو مخلوط العقل .

١٢/٨٨ العليا الشرعية (١٣/٥/٥) م ش ١٠/٦٧٧

□■□

(المبدأ ٨٢) : تقدم بينة البلوغ على بينة القصر .

حيث أن النص الفقهى يقضى بتقديم بينة البلوغ على بينة القصر لأن بينة

البلوغ مثبتة للعقد وبينة القصر مبطلة له من اصله وبينة الاثبات مقدمة على بينة النفى ، كما نص على ذلك فى ترجيح البينات .

٧/٨٣٤ ٢جرجا (٢٦/٥/٢٨) م ش ٤٢١/١

□■□

(المبدا ٨٣) البينة المعززة بشهادة الفنى ـ ما يراه القاضى من المنظر السطحى للشىء المتنازع فيه .

اذا قامت البينة على امر وعززت بشهادة الفنى ـ كالطبيب ـ لا يعارضه ما يراه القاضى من المنظر السطحى للشىء المتنازع فيه لأن من الأمور ما يخفى وراء المظاهر الخارجية ، فاذا اعرض القاضى عن الدليل الى ما رآه من الصورة الظاهرة كان ذلك غير صحيح .. وما راته المحكمة من جودة صحة البنت لا يصلح مطعنا شرعيا فى شهادة الشهود وشهادة الدكتور المختص لأن من الأمراض ما يخفى على الأنظار مثل ما ذكره احد الشاهدين من ان البنت يحصل لها اغماء وارتخاء فى الأعصاب .

١٤٩٦/٣٠ السيدة (١٢/١٠/٣١) ت س م ش ٧٦٦/٤

□■□

(المبدا ٨٤) : سماع البينة التى بنى عليها الحكم من هيئة اخرى ليس الا اجراءا قانونيا لا يرفع ما ثبت فعلا .

سماع البينة التى بنى عليها الحكم من هيئة اخرى ليس الا اجراء قانونيا لا يرفع ما ثبت فعلا من تقديم الاثبات فى مواجهة المحكوم عليه والشأن فى ذلك كالشأن فى الاثبات بالأوراق فى مواجهة الخصم وتمكينه من ابداء الملاحظات ثم غيابه مع تغيير هيئة المحكمة ، فان الحكم فى هذه الحالة يكون معتبرا حضوريا طبقا للمادة ٢٨٦ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ .

٤٥/٣٧ العليا الشرعية (٢٦/٤/٣٨) م ش ٦٨٠/٩

□■□

(المبدأ ٨٥) : اذا بنى الحكم على بينة شرعية فلا تقبل بينة اخرى على خلاف ما قا مت عليه .

وحيث انه ..... وقد بنى الحكم على بينة شرعية فلا تقبل بينة اخرى على خلاف ما قامت عليه لأن احدى البينتين المتعارضتين اذا سبقت الأخرى واتصل بها القضاء ترجحت كما هو مذكور بالبحر وفتاوى الشهاب الحلبى وقاضيخان والزيلعى وتكملة ابن عابدين وغيرها .

٣٦/٢٦٨ الفشن (٣٧/٥/٢٧) م ش ٢٩٥/٧/٨

□■□

(المبدأ ٨٦) : بينة قبول الزوجة العقد اولى من بينة ردها .

بينة الزوج على رضا زوجته بالعقد أو اجازتها له أولى من بينة ردها .

٣٠/٢٣٥ طنطا (٣١/٣/٥) ت س م ش ٨٤/٣

□■□

(المبدأ ٨٧) : بينة المراة أن اباها زوجها وهى بالغ ولم ترض اولى من بينة الزوج قصرها .

بينة المرأة أن أباها زوجا وهى بالغ ولم ترض أولى من بينة الزوج انها كانت قاصرة .

٣٠/٢٣٥ طنطا (٣١/٣/٥) ت س م ش ٨٤/٣

□■□

(المبدأ ٨٨) : البينة طريق من طرق الحكم ولا يشترط فيها ان تكون بتمامها عند القاضى الواحد .

البينـــة طريق من طرق الحكم ولا يشترط فيهـا ان تكون بتمامها عند القاضى الواحد بل يصح أن يكون بعضها عند القاضى وبعضها عند نائبه حتى لو ادعى عند نائب القاضى ، واقام البينة عنـد الانكار ثم رفعت الحادثة الى

من انابه صح لذلك المستنيب الذى هو القاضى أن يبنى على ما وقع عند خلفه ويقضى ويكون حكمه معتبرا شرعا كما نص على ذلك فى الفواكه البدرية لابن الغرس ص ٩٤ . وقد نص فى الدر والأنقروية فى باب القضاء على انه يجوز للقاضى أن يحكم بالشهادة التى سمعها نائبه كما انه يجوز للنائب أن يحكم بالشهادة التى سمعها القاضى . وجاء فى متن التنوير وشرحه فى آخر كتاب القاضى الى القاضى أن يقضى بما شهدوا به عند النائب فهذا صريح فى أنه يجوز للقاضى أن يقضى بالشهادة التى سمعها قاضى آخر .

٣٥/١١٨ س ك أسيوط (٣٦/١١/٢) م ش ١٨٩/٨

□■□

(المبدا ٨٩) : عند الخلاف على الأعيان المغصوبة المحكوم بها يكون القول للغاصب والبينة بينة المالك .

جاء فى الفتاوى الانقروية من الجزء الثانى من كتاب الغصب والضمان ما نصه « جاء الغاصب بثوب وقال المغصوب هو هذا وقال المالك لا بل غيره فالقول للغاصب » وجاء فيها ايضا بعد ذلك بقليل ما نصه « وفى السراجية لو اختلفا فى عين المغصوب او صفته أو قيمته فالقول للغاصب مع يمينه » وقد نقل هذا ايضا صاحب تنقيح الحامدية فى كتاب الغصب من تنقيحه ، وجاء أيضا فى الفتاوى الأنقراوية ما نصه « لو اتفقا أنه المغصوب ولكن اختلفا فقال الغاصب غصبته منك بهذه الحالة وقال المالك : بل غصبته وهو جديد ، فالقول للغاصب مع يمينه والبينة بينة المالك ، ولو أقام المالك بينة ضمن الغاصب فضل قيمته فيما بينهما » ـ وهذا يتفق وقاعدتهم من انه فى كل موضع كان القول فيه لأحدهما تكون البينة بينة الآخر .

٣٣/٥٨١ بنى سويف (٣٤/٤/١٨) م ش ٩٤٨/٥

□■□

(المبدا ٩٠) : عند الاختلاف فى حصول التصرف فى حالة صحة المتصرف او فى حال مرضه يكون القول لمن يدعى انه فى المرض ـ والبينة على من يدعى انه فى حال الصحة ، وعند اقامة كل منهما البينة تقدم بينة الصحة على بينة المرض .

جاء فى الأنقروية فى ترجيح البينات « ادعت امرأة أن زوجها طلقهـا فى مرض موته ومات وهى فى العـدة ولها الميراث وادعى الورثة أن الطلاق كان فى الصحة فالقول لها وان برهنا ووقتا وقتا واحدا فبينة الورثة على طلاقها فى الصحة أولى » وجاء فى كتاب القول لمن فى باب النكاح « طلقها ثلاثا ومات فقالت أن الطلاق فى المرض وقال الورثة كان فى الصحــة كان القول قولها » وفى باب الدعوى منه « لو أقر الوارث فقـال المقر له أقر فى الصحة وقالت الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة بينة المقر له » وفيــه أيضا « أقرت بعد موت زوجها أنه كان طلقها ثلاثا فى مرض موته وأنه لم تنقض عدتها حتى مات وقالت الورثة طلقك فى حال الصحة ، فالقول قول المرأة ولو أقاما البينة ووقتا وقتا واحدا وشهدت بينة انه كان صحيحا يومئذ أخذ ببينة الورثة ، وجاء فى كتاب الطرق الواضح من كتــاب الشهادات « وبينة مدعى الصحــة راجحة على بينة ورثة المقر له على أن الاقرار كان فى المرض » وفى باب الهبــة منه « بينة الموهوب له على أن الهبة فى الصحة راجحة على بينة الورثة أنها فى المرض » .

٤١/٢٦ المنيا (٤٤/٥/٢٩) ت س　　　　م ش ١٢٢/١٧

□■□

(المبدأ ٩١) : البينة على الخلوة أو الدخول فى دعوى المهر بينة الزوج.

البينة على الخلوة أو الدخول فى دعوى المهر بينة الزوج ، والقول قول الزوجة بيمينها ، أما فى دعوى النفقــة فى هذه الحــال فالقول قول الزوج بيمينه والبينة بينتها بالاجماع .

٤٥/١٢١٣ المحلة (٤٧/٢/٢)　　　　م ش ٤٠٠/٢١

□■□

(المبدأ ٩٢) : بينة يسار الأب مقدمة على بينة اعساره .

ان بينة يسار الأب مقدمة على بينة اعساره .

٣٤/٥٠٢ أجا (٣٥/٥/٢٠)　　　　م ش ٤٥٣/١٠

□■□

(المبدا ٩٣) : تقدم البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها .

الفقه يقضى بتقديم البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها لاتفاق البينتين على القدر المشترك وبينة الزيادة اثبتت الزيادة والاخرى نفته فتقدم بينة الاثبات على بينة النفى .

٤١/٢٤٣ مصر (٤٣/٤/٦) ت س م ش ٢٠٧/٩/١٦

□■□

(المبدا ٩٤) : اذا اختلفا فى حصول الطلاق فقالت الزوجة بعد الدخول وقال الزوج قبله فالبينة بينتها والقول قوله ، ولا يؤثر فى ذلك قولها فى طلب النفقة ان الطلاق كان قبل الدخول .

المنصوص عليه شرعا ان البينة فى هذه الحادثة بينتها والقول قوله يتبين من النصوص الآتية اذ العكس لا يستقيم لأن نفى الوطء لا يحيط به علم الشاهد . جاء فى الفصل الثالث من الأشباه ما نصه (اذا اختلف الزوجان فى الوط فالقول لنا فيه) وهذا النص يؤيد قاعدة أن القول قول من يشهد له الظاهر وهو شاهد للنافى كما تؤيده قاعدة أن البينات شرعت للاثبات لا للنفى ، فلو كان القول قولها لكانت البينة بينته على عدم الدخول وتكون حينئذ قائمة على النفى ولا يحيط به علم الشاهد . وهو مؤيد أيضا بقاعدة أن التحليف انما يكون على النفى لا على الاثبات ، فاذا ما عجزت عن الاثبات فلها أن تطلب يمينه ، وجاء فى كتاب القول الحسن فى جواب القول لمن ، لشيخ الاسلام الشيخ عطا الله الشهير بابن توجى الحنفى فى كتاب النكاح (اذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لها الا فى مسائل منها لو قالت : طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر . فقال قبله ولك نصفه فالقول لها لوجوب العدة عليها وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل بينتها واربع سواها وأختها للحال) ـ وجاء فيه أيضا (ان الخصاف ذكر أصلا يقتضى أن يكون القول فى النفقة قول الزوج) .

٤٢/٦٣ ملوى (٤٣/٢/٦) م ش ٣٧٦/٢١

□■□

(المبدأ ٩٥) : البينة فى حالة الاختلاف على وقوع الطلاق فى الصحة أو فى مرض الموت ــ بينة مدعى الصحة .

المنصوص عليه شرعا عند الاختلاف فى حصول الطلاق أهو فى مرض الموت أو فى الصحة أن البينة بينة من يدعى انه حصل فى حال الصحة اذ البينة شرعت لاثبات خلاف الظاهر فى هذه الحالة اضافة الحادث الى أقرب الأزمان اليه .

١٢٠/٣٤ ك مصر (٣٥/١١/١٧) م ش ١٠٣/٨

□■□

(المبدأ ٩٦) : اذا قامت البينة ولم يطعن عليها مع التمكن حكم بمقتضاها .

اذا قامت بينة المدعى على دعواه ــ بوفاة فلان ووراثته له ــ ولم يطعن على بينته بطعن مقبول مع تمكنه من ذلك ــ حكم له بالوفاة والوراثة على نحو الدعوى .

١٢٨/٣٨ العليا الشرعية (٣٩/١٢/٢٥) م ش ١٢/٤/٢٠

□■□

(المبدأ ٩٧) : بينة الارث لا تسمع الا على خصم هو وارث الميت أو دائنه أو مدينه أو موصى له منه بشىء أو الوصى أو المودع أو الغاصب اذا كان مقرا بالوديعة والغصب أو احد شريكى المدين .

المنصوص عليه فى جامع الفصولين من الفصل الثامن والعشرين أن بينة الارث لا تسمع الا على خصم هو وارث الميت أو دائنه أو مديونه أو موصى له منه بشىء ، وفى البزازية الوصى ايضا وفى البحر : المودع أو الغاصب اذا أقر بالوديعة والغصب . وفى رد المحتار على الدر المختار : أحد شريكى المدين خصم على الآخر فى الارث اتفاقا .

١٣٢١/٤٣ منوف (٤٤/٦/١٤) م ش ٨٤/٢٠

□■□

شـــهادة الشــــهود (١) :

(١) تعريف الشهادة :

الشهادة لها معنيان ، معنى فى اللغة ، ومعنى فى الاصطلاح . فهى فى اللغة اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبـــان ، لأنهـــا مشتقة من المشاهدة وهى تنبىء عن المعـــاينة . ومعناها فى اصطلاح الفقهاء هو اخبـــار الانسان بحق لغيره على غيره . والمخبر يسمى شـــاهدا والمخبر له يســـمى مشهودا عليه والحق يسمى مشهودا به .

وركن الشهادة لفظ أشهد فلا يقبل فيهـــا غيره حتى لو قال : اعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته ، لأن النصوص ناطقة بالاشهاد فلا يقوم غيره مقامه لما فيه من زيادة التوكيد .

والحقوق المشهود بها :

(١) اما أن تكون حقا لله تعالى وفيه يجب الأداء على الشـــاهد وان لم يطلب منه كشرب الخمر والطلاق والرضاع .

(٢) واما أن تـكون حقا للعبـــد وفيه يجب أن يطلب المدعى الشـــاهد للشادة ، وقـــد نص الفقاء على أن الشـــاهد لا يلزمه الأداء عنـــد الطلب الا بشروط هى :

(١) أن يعلم أن القاضى يقبل شهادته .

(٢) أن يتعين عليه الأداء .

(٣) أن لا يخبره عدلان ببطلان المشهود به .

(٤) أن يكون القاضى الذى طلب لأداء الشاهدة عنده عدلا فان كان غير عدل فله أن يمتنع عن الأداء حتى يشهد عند قاض عدل .

(٥) أن لا يقف الشـــاهد على أن المقر اقر خوفا فان علم ذلك فلا تحل له الشهادة .

(٦) أن يكون الشاهد قريبا من موضع القاضى .

. . . .

ويشترط فى تحمل الشاهدة ثلاثة شروط :

(١) العقــل .

(٢) البصر .

(٣) أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره . لقوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فأشــهد والا فدع ، ولا يعلم مثــل الشمس الا بالمعاينة بنفسه ، وقد استثنى الفقهاء من هــذا الشرط الأخير بعض المسائل منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه :

فالأولى ـ هى النسب والموت والنكاح والدخول بالزوجة وولاية القاضى وأصل الوقف أجازوا فيها للشاهد أن يشد وان لم يعاين .

وشروط الشــاهدة قسمان الأول شروط التحمل ، والثــانى شروط الأداء .

والثانية ـ هى الولاء والعتق والمهر وشرائط الوقف .

ويشترط لأداء الشهادة عدة شروط ترجع الى الشاهد وهى :

(١) أن يكون من أهل الولاية والتمييز والنطق .

(٢) أن لا يرد نص صريح بعدم قبول شهادته .

(٣) أن لا تكون شبهة فى شهادته . وثانيها ـ شروط ترجع الى نفس الشادة بأن لا تكون على خلاف المحســوس ، وان لا تكون على النفى الصرف فلو شــهدوا بأن فلانا ما قبل هــذا الأمر أو أن فلانا ليس مديونا لفلان لم تقبل لأن الشاهد لا يحيط علمه بذلك .

وثالثها ـ شرط يرجع الى مكان الشهــادة وهو أن تكون فى مجلس القضاء فكل شهادة فى غيره لا تعتبر .

ورابعا ـ شرط يلزم فى المشــهود به هو أن يكون معلوما لأن فائدة الشهادة الزام المدعى عليه ولا الزام بمجهول .

وخامسها ـ شرط يلزم فى المشهود له والمشهود عليه وهو ان يكون كل منما مميزا عن غيره .

مراتب الشــــهادة ونصــــابها :

يقول الأحناف أن الشهادة على اربع مراتب :

المرتبة الأولى : الشهادة على الزنا ونصابها اربع رجال ، فلا تقبل فيها شهادة النساء ، ولا شهادة عدد من الرجال أقل من اربعة لقوله تعــالى : **((واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم))** ، **((لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء))** وهذا اذا أريد اثبات الزنا لاقامةالحد ، أما اذا

. . . .

أريد اثباته لأجل حق آخر يترتب على ثبوته فلا يشترط فيه هذا العدد بل يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين او بالنكول كما اذا علق الزوج طلاق زوجته على الزنا ، وادعت الزوجة حصوله وانكر الزوج فأثبتته بالبينة أو طلبت تحليفه فنكل يثبت وتطلق المرأة ولكن لا يحد الزوج .

المرتبة الثانية : الشادة على بقية الحدود والقصاص فى النفس أو فيما دونهـا ، ونصابها رجلان ولا تقبل فيهـا شهادة النســاء لأنها تنـدرىء بالشبهات ، « **ادراوا الحـدود بالشبهات** » وشهادة النســاء فيها شبهـة البدلية عن شهادة الرجال ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، وان لم تكن بدلا عنها حقيقة ، ولما قاله الزهرى « مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليـه وسلم والخليفتين من بعـده لا شهادة للنساء فى الحـدود والقصاص ، اما اذا أريد اثبات حق آخر فلا تشترط الذكورة ، كما اذا علق عتق عبـده على شرب الخمر ، فانه يجوز اثبـات الشرب بشهـادة رجل وامرأتين ، وبعتق العبـد ولكن لا يحد المشهود عليـه بالشرب لعـدم توفر الشرط ى الشهادة .

المرتبة الثالثة : الشهادة على ما لا يطلع عليـه الرجال عادة من عيوب النســاء فى المواضع التى لا يطلع عليهـا الرجال كالبكارة والثيوبة والولادة والرتق والقرن وفيها تكفى شهادة امرأة واحدة وثنتان أحوط لقوله صلى الله عليه وسلم « **شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه** » وقول حذيفة رضى الله عنه ((**اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شـهادة القابلة على الولادة**)) .

المرتبة الرابعة : سائر الحقوق والمسائل غير ما تقدم ، كالبيع والشراء وسائر العقود والمعـاملات والحقوق الماليـة والنكاح والطلاق والوصـية والوقف والقتل الذى موجبـه المـال ، ونصـاب ذلك كله رجلان أو رجل وامرأتان لقوله تعـالى « **واشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين وامراتان ممن ترضون من الشهداء** » والآية وان كانت فى مقام حفظ الحق والتوفق له الا أن القصـد من الحفظ اثبات هذه الحقوق عنـد التجاحد والتخاصم أمام الحاكم ، وذلك يقتضى اقامة الشهادة عند الحاكم ووجوب اخذ الحاكم بها والا لما ظهرت مزية الحفظ .

. . . .

شـــهادة غير المســـلمين :

يقول الحنفية ان الشهادة فيها معنى الولاية ومن ثم لا تجوز شادة غير المسلم على المسلم لانعــدام الولاية « **ولن يجعل الله للـكافرين على المؤمنين سبيلا** » وتقبل شهادة المسلم على غير المسلم لتحقق المعنى . وكذا شهادة غــير المسلمين بعضهم على بعض ، وان اختلفت مللهم لأن الذمى من اهــل الولاية على نفســه واولاده وهو يتجنب ما يعتقــده محرما فى دينه والكذب محرم فى الاديان كلها .

ولا تقبل شهادة المستأمن على مثله مع اختلاف الدار بينهما لانقطاع الولاية ، وقالوا أيضا لا تقبل شهادة غير العاقل ولا الصبى ولا المملوك لأنهم ليسوا من اهل الولاية .

الشـــهادة على النفى :

الأصل عند الحنفية أن الشهادة على النفى لا تقبل ، ولكنهم قالوا : اذا توافرت شروط التواتر فى الشـــهادة على النفى تقبل ، كمـا اذا ادعى شخص على آخر انه اعتدى عليه بالضرب أو القذف فى يوم كذا فى مكان كذا وحدده ، فأقام المدعى عليه بينة على انه لم يكن فى ذلك المكان فى ذلك اليوم بل كان فى مكان كذا ، وتواتر بين الناس انه كان حقيقة فى المكان المذكور ، وكذا اذا كان النفى شرطا لثبوت أمر وجودى مترتب عليه ، كقول الشخص ان لم أدخل الدار اليوم فامرأتى طالق أو عبـدى حر ، فبرهنت المرأة أو العبد على انه لم يدخل الدار هذا اليوم تقبل ، لأن الغرض من اثبات الشرط فى الواقع اثبات الجزاء وهو الطلاق أو العتق ، وكذلك اذا كان النفى يحيط به علم الشاهد ، كمـا اذا قال الزوج للمرأة : بلغك النكاح ؟ فسـكتت ، وقالت رددت ، فأقام بينـة على سكوتها ، تقبل ، لأن السكوت فى مجلس محدد الطرفين مما يحيط به الشاهد القائم على المجلس وكذلك لو كان النفى ضمن اثبات ، كما اذا اختلفا فى أن المرضع أرضعت الصغير بلبن شاة أو بلبن نفسها ، فشهدت البينة انها أرضعته بلبن شاة لا بلبن نفسها تقبل ، لأن النفى هنا داخل ضمن الاثبات فان قولهما أرضعته بلبن شاة يتضمن أنهـا لم ترضعه بلبن نفسها ، وقولهما بعد ذلك : لا بلبن نفسهـا تصريح بالنفى الذى تضمنه الاثبات وكشهادة الشاهد بانحصار ارث المتوفى فى أولاده زيد وعمرو وخالد ، ولا وارث له سواهم .

راجع جزء ٢ من موسوعة الفقه الاسلامى والمرافعات الشرعية للافتاذ زيد الابيانى .

(المبدا ٩٨) : الشهادة اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لانبات حق على الغير ولو بلا دعوى .

الشهادة فى اصطلاح الفقهاء هى اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لانبات حق على الغير ولو بلا دعوى ، وبالقيد الأول يخرج عن نطاقها الاخبار الكاذب ولازم هذا ان تكون لقاضى الدعوى سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها وسبيله الى ذلك انه اذا قدم أحد الخصوم بينة لاثبات واقعة كان للخصم الآخر الحق دائما فى اثبات عدم صحة هذه الواقعة وهو ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للائحة ترتيب المحاكم الشرعية واجماع الفقهاء على ان القاضى لا يقف مع ظواهر البينات ولا يتقيد بشهادة من تحملوا الشادة على الحق اذا ثبت له من طريق آخر .

نقض ٣٣/٤٣ ف	س ٦٦٩/١٧
نقض ٤٣/١٥ ق	س ١٧ ص ٢٢٣

□■□

(المبدأ ٩٩) : الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه (الاستثناء على ذلك) .

الاصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه ، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو باجماع كالنسب . ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال او على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس وان لم يعاينها بنفسه وهى ضرورة بعد ضرورة دعت اليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة ، او هى استحسان مرده والوجه فيه أنها امور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم ، وقد تتعلق بأحكام تبقى على انقضاء القرون وانها يقترن بها فى العادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة فى كل منها منزلة العيان ، والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغا للشهادة ولو لم تقبل ادى ذلك الى الحرج وتعطيل الأحكام ، والحرج مدفوع شرعا وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع ا لااذا كان ما يشهد به أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء ، او يخبره به (ويبدون

استشهاد (رجلان عدلان او رجل وامراتان عدول فيحصل له نوع من العلم اليسر فى حق المشهود به ، وهى مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ، ومنها ما يفيد ظنا قويا يقترب من القطع كشهادة الاستفاضة ، ومنها ما يفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة بأن يقولوا : سمعنا سماعا فاشيا أو لم نزل نسمع من الثقات ، والفقهاء وقد أوجبوا على الشاهد أن لا «يفسر» للقاضى انما ارادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضى هذا العبء .

نقض ٣٢/١٣ ق ش ٥٥/١٨
نقض ٣٤/٣٥ ق ش ١٦٨٩/١٨

□■□

(المبدأ ١٠٠) : الشهادة فى المذهب الحنفى ـ شروط صحتها .

من شروط صحة الشهادة فى المذهب الحنفى ، أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به ، ذاكرا له وقت الأداء ، فلو نسى المشهود به لم يجز له أن يشهد . وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به ، ولا يكون كذلك الا اذا أوضح الشاهد للقاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ، ونفس الحق المشهود به ، وعلى هذا اذا شهد الشهود على حاضر بعين حاضره ، وجب عليهم لأجل صحة شهادتهم أن يشيروا لثلاثة أشياء ، المدعى والمدعى عليه والعين المدعاة ، لأن الغرض التعريف ، والاشارة أقوى سبل التعريف، وعند ذلك لا يلزم الشاهد أن يؤكد اسم المدعى او المدعى عليه ولا نسبهما ، لأنه لا يحتاج مع الاشارة الى شىء آخر ، فان شهدوا على غائب أو ميت وجب ذكر ما يؤدى الى التعريف به ، ويبين من ذلك انه يجب أن يكون الشاهد عالما بالمدعى وبالمدعى عليه اللذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق ، أما اذا كانت الشهادة تتعلق بحالة شخص من يسار او فقر فلا يطلب من الشاهد الا التعريف بهذا الشخص الذى تتصل به وقائع الشهادة المطلوب اثباتها . لما كان الثابت أن محكمة أول درجة أحالت الدعوى الى التحقيق ليثبت الطاعن أنه من ذوى الاستحقاق فى ثلث الوقف أو أنه المستحق الوحيد لذلك الثلث لانطباق شرط الواقفة عليه بانه لا يكسب قدر كفايته ، ولا يوجد من تجب عليه نفقته شرعا وذلك حتى تاريخ انتهاء الوقف على الخيرات ، وصرحت المحكمة المطعون عليها الأولين بنفى ذلك ، وكان المطلوب من شاهدى النفى الشهادة على حالة الطاعن على النحو المبين بالحكم ، فلا محل للنعى على شهادتهما بالبطلان لأنهما قررا انهما لا يعرفان المطعون عليهما ، اذ لا يتعلق هذا الأمر بوقائع الشهادة موضوع التحقيق .

نقض ٣٨/٢٨ ق س ٢٣ ص ١٣٧٩

□■□

(المبدأ ١٠١) : الشهادة فى الفقى الحنفى ـ شرط قبولها .
الترجيح بين البينات من سلطة قاضى الموضوع .

المقرر فى الفقه الحنفى أن الشهادة على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاينـه سمعا أو مشاهدة متى وافقت الدعوى . ولقاضى الموضوع سلطة الترجيح بين البينات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها .

نقض ١٤/١٩ ق س ٢٧ ص ٧٧٠

□■□

(المبدأ ١٠٢) : الشهادة عند الحنفية ـ شرطها .
عدول الشاهد عن أقواله ـ شرطه .

المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى ، فيما تشترط فيـه الدعوى ، فان خالفتهـا لا تقبل الا اذا امكن التوفيق ، ولا يجد هذا الشرط ـ عند الحنفية كذلك ـ محلا يرد عليه اذا كان تعذر التوفيق فى شىء زائد عن موضوع الدعوى ، وكان المقرر انه يجوز للشاهد أن يرجع فى أقواله ويصحح شهادته ما دام فى مجلس القضاء ولم يبرحه اخذا بأن الرجوع عن شهادة نسخ لها فتختص بما تختص به الشهادة فى المجلس .

نقض ٤٣/٣ ق س ١٧ ص ٦٠٤

□■□

(المبدأ ١٠٣) : الشهادة ـ شروطها ـ موافقتهـا للدعوى ـ تكذيب المدعى ـ شاهده فى شىء زائد عن موضوعها ـ لا أثر له .

المتفق عليه عند فقهـاء الحنفية أنه يشترط فى الشهادة موافقتهـا للدعوى الا أن هذا الشرط وعند الحنفية كذلك لا يجد محلا يرد عليه اذا كان تكذيب المدعى لشـهوده فى شىء زائد عن موضوع الدعوى وتحـديد وقت حصول الزواج بهذه المثابة يعد زائدا .

نقض ٤٤/٨ ق (٧٦/١/٢١) س ٢٧ ص ٢٧٢

□■□

(المبدأ ١٠٤) : الشهادة عند الأحناف يشترط فيها أن تكون موافقة للدعوى ـ مخالفة الشهادة للدعوى مؤد لعدم قبولها الا اذا وفق المدعى بينهما .

من المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أنه يشترط فى الشهادة أن تكون موافقة للدعوى ـ فيما تشترط فيه الدعوى ، فان خالفتها لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوقيق ، الا أن هذا الشرط وعند الحنفية كذلك لا يجد محلا يرد عليه اذا كان تكذيب المدعى لشهوده فى شىء زائد عن موضوع الدعوى .

نقض ٣٦/٤ ق — س ٢١ ص ٢٩٣

□■□

(المبدأ ١٠٥) : لفظ « اشهد » لازم عند الحنفية . غير واجب فى القانون الوضعى . وجوب أعمال المادة ٨٦ اثبات .

لئن كان المأثور عند الأحناف وجوب أن يقدم الشاهد قوله بلفظ « أشهد » بالمضارع ، فلا تقبل شهادته بدونه ، وان اشتملت على ما يفيد العلم واليقين ، اعتبارا بأنه ركن فى الشهادة على قول ، أو مجرد شرط عام فى كل ما يشهد به أمام القاضى فى قول آخر وهو الراجح ، الا أنه لما كانت العلة فى ايثار هذا اللفظ فى مذهب الحنفية أنه أقوى فى افادة التأكيد من غيره من الألفاظ ، وأنه يتضمن فى ذات الوقت معنى المشاهدة والقسم والاخبار للحال فكأنه يقول « أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به » وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين . وكان لا دليل من الكتاب أو السنة أو من القياس والاستنباط على اشتراط أن يكون الاداء بلفظ الشهادة فضلا عن لفظ « أشهد » بالذات ، فانه اذا وجدت صياغة تفيد هذه المعانى جميعا ، وتكون آكد على يقين الشاهد وما يحيطه علمه بغير تردد ، فانها تغنى عن هذا اللفظ وتعتبر بديلا عنه ، واذ كان لفظ « أشهد » على ما سلف بيانه يحمل معنى القسم ، ويتضمن توثيق الكلام بالحلف باسم الله فان استبدال الحلف بلفظ « أشهد » واستلزام أن يبدأ به قول الشاهد قبل الادلاء بأقواله ، واعتبار ذلك أمرا لازما تبطل بدونه ، هو اعتداد بجوهر مذهب الحنفية ، وتحقيق للغرض الذى يستهدفه من ايجابه ، بل هو أكثر عمقا فى النفاذ الى وجدان الشاهد ، والغوص فى أعماق ضميره ، وتبصيره بما ينطوى عليه الحلف بالله من وجوب التزام الصدق وتحرى الحقيقة .

وقد سار المشرع المصرى على هذا الدرب متدرجا فى مختلف المراحل التشريعية فبدأ بأن نسخت المادة ١٧٣من اللائحة الشرعية الصادرة بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ اشتراط الشهادة متوقعة أن يغفل الشاهد ذكر اللفظ المشار اليه فخولت القاضى أن ينبهه بقوله « أتشهد بذلك » فان أجابه بالايجاب كان ذلك كافيا ، وما لبث أن ألغى هذا النص فى سنة ١٩٢٦ واستبدل به المادة ١٧٤ من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ التى شرعت وجوب أن يحلف الشاهد اليمين الشرعية وجعلتها بديلا من ايجاب ذكر لفظ الشهادة ، أو تذكير الشاهد ، واستمر الشارع فى طريقه فالغيت هذه المادة ضمن ما ألغى بالقانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ اكتفاء بأعمال حكم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٨٦ من قانون الاثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ .

نقض ٤٦/٢٧ ق — س ٢٩ ص ١٣٨٣

□■□

(المبدأ ١٠٦) : العبرة بمضمون الشهادة وليس بألفاظ ادائها .

انه وان كانت الشهادة فى اصطلاح الفقهاء هى اخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة لاثبات حق على الغير الا أن العبرة هى بمضمون الشهادة وفهم القاضى للواقع فيها وليس بألفاظ أدائها .

نقض ٤٠/٢٩ ق — س ٢٦ ص ١١٨١

□■□

(المبدأ ١٠٧) : اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع من قبول الشهادة اذا كان المشهود به قولا محضا .

المقرر فى الفقه الحنفى — على ما جرى به قضاء النقض — انه اذا كان المشهود به قولا محضا فان اختلاف الشاهدين فى الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة لأنهما لم يكلفا حفظ ذلك ، ولأن القول مما يعاد ويكرر .

نقض ٤١/١٨ ق — س ٢٦ ص ٣٧٩

□■□

(المبدا ١٠٨) : قيام صلة القربى بين الشاهد والمشهود له باعتباره ابن عمته غير مانع من قبول شهادته شرعا . علة ذلك .

الأصل فى بناء الأحكام القضائية على الشهادة التى لا تفيد الا ظنا ، انما هو رفع حاجة الناس واضطرارهم فى اثبات حقوقهم اليها ، فوجب أن يراعى فى خبر الشهود وفى أحوالهم ما يرجح صدقهم فيما يشهدون به بقدر المستطاع ، الا أنه لما كان المناط فى عدم قبول الشهادة للتهمة ، هو درء مظنة جلب مغنم ، أو دفع مغرم ، اذا كانت المنافع موصولة بين الشاهد والمشهود له ، ولهذا — وعلى ما جرى به قضاء النقض — ردت شهادة الفرع لأصله ، والاصل لفرعه ، وشهادة أحد الزوجين للآخر ، دون شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض فهى مقبولة ، الا أن تتمكن التهمة منها بسبب آخر غير مجرد القرابة ، لأن هؤلاء ليس لبعضهم تسلط على مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالأجانب . لما كان ذلك وكانت صلة القربى بين أحد الشاهدين وبين المطعون عليه الأول باعتباره ابن عمته لا تمنع شرعا من قبول شهادته ويكون نصاب الشهادة مكتملا .

نقض ٤٤/٢٩ (٧٦/٦/٢) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٠٩) : شهادة القرابات بعضهم لبعض مقبولة شرعا .

الاستثناء شهادة الفرع لأصله والأصل لفرعه .

المقرر فى المذهب الحنفى قبول شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض عدا الفرع لأصله والأصل لفرعه كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة ، وعلى ذلك شهادة أخ المطعون عليها وشهادة ابن أختها لها مقبولة شرعا .

نقض ٤١/١٦ ق (٧٥/٣/٢٦) س ٢٦

□■□

(المبدأ ١١٠) : عدم قبول شهادة الفرع للأصل وان علا ، أو الأصل للفرع وان سفل . لا يغير من ذلك ان تكون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية او المالية .

لئن كان من أوفى على السادسة عشر من عمره يكون بالغا ، الا انه لما كان يتعين انتفاء التهمة عن الشاهد وهو شرط لازم لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب فى الشهادة ، فلا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وان علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وان سفلوا اعتبار بأن الولد بضعة من الوالد ، دون تفرقة بين كون الواقعة المشهود عليها من المسائل الشرعية او الخلافات المالية لتوافر التهمة فى الحالين .

نقض ٤٦/٨ ق س٣٠ ص ١٧٧

□■□

(المبدأ ١١١) : تجرى الشهادة مجرى التمليكات لما فيها من معنى أن القاضى تملك الحكم بالشهادة كأن الشاهد قد ملكه الحكم .

تجرى الشهادة مجرى التمليكات لما فيها من معنى أن القاضى تملك الحكم بالشهادة كأن الشاهد قد ملكه الحكم ـ وقد جرى قضاء النقض على أن ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر من اطلاقات قاضى الموضوع لا شأن فيه بغير ما يطمئن اليه وجدانه ولا تثريب عليه ان لم يبين أسباب هذا الترجيح .

٢٩/٣٩ ق (٦٢/٥/٢٢) س ٦٦٥/١٣

□■□

(المبدأ ١١٢) : الغرض المقصود من الشهادة هو معرفة المشهود به بما يميزه من غيره بصرف النظر عن بيان اسم الأب والجد حيث كان المشهود عليه معروفا بما ذكر به لا يشاركه فيه غيره .

حيث أن الغرض المقصود من الشهادة معرفة المشهود به بما يميزه عن غيره والمعتبر فى التعريف شرعا لا تكثير الحروف حتى لو عرف الشخص باسمه فقط أو بلقبه وحده او بصفته كفى ذلك ، كما لو شهد أن المرأة التى قتلت فى السوق يوم كذا وقت كذا قتلها فلان قبلت الشهادة بلا بيان اسمها واسم ابيها حيث كانت معروفة لا يشاركها فى ذلك غيرها لما نص على ذلك فى الجزء الأول من التكملة لابن عابدين صفحة ٥٣ وهذه الأم معروفة لا يشاركها فى وصف الأمومة غيرها .

٣٠/٨١٧ شبين القناطر (٣١/١٠/١٩) م ش ٥٥٣/٣

□■□

(المبدأ ١١٣) : رفض المحكمة سماع شـــهادة الوالد لولده . للآخير طلب اتاحة الفرصة له لاستكمال نصاب الشهادة بشاهد آخر .

لا يسـوغ القول بأن استبعاد المحكمة لشهادة ابن الطاعن لوالده ينطوى على حرمان الطاعن من استكمال نصاب الشـهادة طالما انه لم يقم الدليل على أنه قد طلب من محكمة الموضوع وبطريقة جازمة اتاحة الفرصـة له للاستعانة بآخر بدلا من ابنـــه الذى رفضت سـماع شـــهادته ، واذ كانت المحكمة غير ملزمة بلفت نظر الخصوم الى مقتضـــيات دفاعهم فان النعى يكون على غـــير أســـاس .

نقض ٨/٤٦ ق س ٣٠ ص ١٧٧

□■□

(المبدأ ١١٤) : الأصل فى الشهادة وجوب معاينة الشاهد للواقعة محل الشادة بنفسه . الاستثناء قبول شهادة التسامع فى احوال معينة .

المقرر فى قضاء النقض أن الاصل انه لا يجوز للشاهد أن يشـــهد بشىء لم يعاينه ويقطع بصحته يقينـــا أخذا بأن الشهادة مشتقة من المشـــاهدة ، وذلك فى غير الأحوال التى تصح فيها الشـهادة بالتسامع ، وليس من بينها الشهادة فى التطليق للضرر .

نقض ٨/٤٦ ق س ٣٠ ص ١٧٨

□■□

(المبدأ ١١٥) : من شروط صحة اشهادة علم الشاهد بالمشهود به .

من شروط صحة الشهادة فى المذهب الحنفى الواجب التطبيق عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن يكون الشاهد عالما بالمشهود به ، وذاكرا له وقت الأداء ، وأن يكون المشـــهود به معـــلوما حتى يتيسر القضـــاء به ، ولا يكون كذلك الا اذا وضح الشاهد للقـــاضى صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهو دبه .

نقض ٥٣/٥٧ ق (١٩٨٤/٦/٢٦) لم ينشر

(المبدأ ١١٦) : قبول الشــهادة ممن عاين سمعا أ ومشــاهدة متى وافقت الدعوى . عدم اعتبارها شهادة سماعية ، وانما شهادة عيان .

لمـا كان من المقرر أن الشهادة على ما يثبت حكمه بنفسه من قول أو فعل تكون مقبولة ممن عاين سمعا أو شـهادة متى وافقت الدعوى ، وكان الثـابت من التحقيق الذى اجرته محكمة أول درجة أن شـاهدى المطعون عليها شـهدا بأنهما كانا بمنزل والدتها ، وحضر الطاعن وعلمـا من المطعون عليها أنها ترفض السفر معه لأنه يحرضها على الرذيلة فتعدى عليها الطاعن بالسب أمامهما قائلا : انه تزوجها لهذا السبب ، فان شهادتهما اذ انصبت بذلك على وقائع حدثت على مرأى وسمع منهما لا تكون شهادة سماعية وانما هى شهادة عيان ااستوفت شروط قبولها شرعا فلا على الحكم اذ عول عليها ى قضائه بالتطليق .

نقض ٥٢/٣٢ ق (١٩٨٤/٤/٢٤) لم ينشر

□■□

(المبدأ ١١٧) : تكفى الاشارة فى تعريف المشهود عليه ان كان حاضرا فان لم يكن حاضرا فلا بد من تعريفه بذكر اسم أبيه وجده أو بحرفة يتميز بها عن سواه فى مصره . عدم كفاية التعريف بذكر اسم الأب والجد اذا لم يتم التعريف بذلك وأنه لا بد حينئـذ من اضـافة لقب أو شهرة يتم بهـا التعريف ــ فان لم يتم التعريف بذلك بصورة من هذه الصور بطلت الشهادة على المشهود عليه ــ وأول آثار هذا البطلان بطلان الحكم المبنى عليها .

ان شاهدى الدافع لم يقرن واحد منهما اسم الدافعة باسم اب لهـا أو جد أو شهرة كما أن أحدهما لم يضف لاسم المستأنفة اسم أبيها أو جدها كما أن شهادتهما عريت عن ذكر لقب أو حرفة لواحدة منهما تميزت بها فى مصرها عن سواها فتكون شهادتهما قاصره لا يؤخذ بها ولا تصلح أن تكون دليلا نصيرا . فان السادة الفقهاء رضوان الله عليهم اشترطوا اضافة اسم الأب والجد الى اسم المشهود عليه ما لم يكن حاضرا ، فتكفى الاشـارة من الشاهد أليه الا أنهم اكتفوا من التعريف بذكر لقب يعرف به المشهود عليه أو حرفة عرف بهـا فى بلدته لا يشاركه فيها أحد بل انهم حيطـة منهم فى حصول التعريف قالوا بعدم كفاية ذكر اسم المشهود عليه واسم أبيه وجده اذا لم يتم التعريف بذلك ، وانه لا بد حينئذ من اضافة لقب او شهرة يتم بها التعريف ، تراجع الأصول القضائية لصاحب الفضيلة الشيخ على قراعة ص ١٦٨ ، وقال صاحب تنوير الأبصار عند الكلام على تعريف المشهود عليه (وهى على حاضر يحتاج الى الاشارة الى الخصمين والمشهود به لو عينا وان على غائب أو ميت فلا بد من نسبتـه الى جده فلا يكفى ذكر اسـمه واسم أبيه وصناعته الا اذا كان يعرف بها لا محالة فلو قضى بلا ذكر الجد نفـذ ــ وعلق صاحب الدر المختار على قول التنوير فلا بد بقوله لقبولهـا وعلى

قوله لا محالة بقوله بألا يشاركه فى المصر غيره ، وعلى عبارة فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ بقوله فالمعتبر التعريف لا تكسير الحروف حتى لو عرف باسمه فقط أ وبلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقطه ـ وعلق صاحب قرة عيون الاخبار على قول الدر : فالمعتبر التعريف بقوله قال فى جامع الفصولين : والحاصل أن المعتبر حصول المعرفة وارتفاع الالتباس بأى وجه كان . وقال بعد كلام كما لو كان الرجل معروفا مشهودا باسمه أو بلقبه لا بأبيه وجده يكتفى بذكر ما اشتهر به وجهالة أبيه وحده لا تضر التعريف بل ذكره وعدمه سواء لعدم معرفة الناس به أ. هـ. ونحوه فى قره العيون ص ٥٣ جزء أول تكملة ابن عابدين قرة عيون الأخبار .

٢/٥٤ ك س المنيا (٥٤/٢/٣)　　　　م ش ٢٤٣/٢٤

□■□

(المبدأ ١١٨) : بلوغ الشاهد شرط عند الادلاء بشهادته .

بلوغ الشاهد شرط عند الادلاء بالشهادة ، وليس بشرط عند حدوث الواقعة المشهود عليها . كفايته أن يكون الصبى مميزا .

نقض ٦/٤٤ ق (٧٦/١/٧)　　　　س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٩) : البلدغ كاف لصحة أداء الشهادة .

يكفى لصحة الأداء فى الشهادة البلوغ ، فلا يصح اداء الصبى وان كان عاقلا ، أخذا بأن فى الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه ، لأن بها يلزم بالحق ويحكم عليه به . والصبى لا ولاية له على نفسه فلا ولاية له على غيره من باب أولى .

نقض ٤٦/٨ ق　　　　س ٣٠ ص ١٧٧

□■□

(المبدأ ١٢٠) : من شروطه الشهادة انتفاء التهمة .

المقرر شرعا أن من شروط الشهادة انتفاء التهمة من الشاهد بالا يكون

فى شـــهادته جر مغنم له أو دفع مغرم عنــه أو أن يكون لديه ميل طبيعى للمشهود له ، أو ميل على المشهود عليه ، أو أن تكون بينــه وبين المشهود عليه عداوة فى أمر دنيوم من مال أو جاه او خصام أو ما الى ذلك .

نقض ٥٣/٢ ق (١٩٨٣/١٢/٢٠) لم ينشر

□■□

(المبدأ ١٢١) : الاســلام المشروط فى الشهادة مفيــد بكون المشهود عليه (١) مسلما .

الاسلام المشروط فى صحة الشهادة مقيد بكون المشهود عليــه مسلما لأن الشهادة من باب الولايةولا ولاية لغير المسلم على المسلم .

٣٢/٤٠٢٤ الجمالية (٣٣/١٢/٢١) ت س م ش ٢٥٢/٩

□■□

(المبدأ ١٢٢) : المعروف بالكذب لا عدالة له فلا تقبل شــهادته أبدا ولو تاب . ومن ذلك الذى يرتكب تزويرا فى أوراق او يختلس رســوما او يغير الحقائق كتابة .

المنصوص عليه فى الهنــدية ان المعروف بالكذب لا عدالة له فلا تقبل شهادته أبدا ، وان تاب بخلاف من وقع فى الكذب سهوا اذا ابتلى به مرة ثم تاب كذا فى البدائع . ثم قال : والفتوى على تفويض الرأى للقاضى فى زمان التوبة . وفى الخلاصة كل فعل ترفضه المروءة والكرم كبيرة وأقره ابن الكمال قال :ــ ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالتــه . والذى اعتــاد الكذب اذا تاب لا تقبل شهادته وعزاه للذخيرة .

٤٠/٣٨٩ أسيوط (٣٢/٣/٢٤) ت س م ش ١٣١/١٥

□■□

(المبدأ ١٢٣) : المشهور بأكل الحرام لا تقبل شهادته أبدا مهما تاب .

من عرف بالكذب الصراح وأكل أموال الناس بالبــاطل وهذا من أكبر الكبائر ، فلا تقبل شهادته أبدا وان تاب لأن التوبة منه لا تجب هذه الكبائر

---

(١) لم يشترط الاسلام فى الاهلية للشهادة لان رجحان جانب الصدق يظهر فى خبره مع كفره اذا كان منزجرا عمــا يعتقده حراما فى دينــه غير ان خبره لا يقبل فى أمر الدين لانه متهم فى ذلك ، فانه يعتقــد السعى فى هدمه ولهــذا لا يجعل من اهل الشهــادة فى حــق المسلمــين ، لانه يعتقد عداوة المسلمين وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم اهلا للشهادة فى حق البعض (راجع المبسوط للسرخى جزء ١٦ كتاب الشهادات) .

المتكررة بل لا تصح لمثله توبة اصلا ـ كما نص فى البحر على انه لو خاصم الشخص آخر فى حق لا تقبل شهادته عليه فى ذلك الحق نفسه كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه لأنه اذا تخاصم اثنان فى حق لا تقبل شهادة احدهما على الآخر لما بينهما من المخاصمة .

٤٠/٣٨٩ أسيوط (٤١/٣/٢٤) ت س م ش ١٣١/١٥

□■□

(المبدأ ١٢٤) : لم يشترط الفقهاء تعين المتعاقدين عند المشاهد .

الفقهاء لم يشترطوا تعيين المتعاقدين عند الشاهد وانهم لم يرسموا لهذا التعيين طريقا خاصا فقد يكون هذا الطريق هو الاشارة الحسية وقد يكون هو ذكر اسمها واسم أبيها وجدها وقد يكون هو القرينة القاطعة .

٤٦/٢٨٤ بورسعيد (٤٨/٣/١٢) م ش ٢٨٩/١٨

□■□

(المبدأ ١٢٥) : حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها شرعا .

المنصوص عليه شرعا أن حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها جاء فى معين الحكام ص ٧٢ من الطبعة الأميرية سنة ١٣٠٠ ما نصه : (حرص الشاهد على قبول شهادته مانع من قبولها ، وقال بعد كلام : أما الحرص على القبول فهو أن يحلف الشاهد على صحة شهادته اذا اداها وذلك قادح فيها لأن اليمين دليل التعصب وشدة الحرص على نفوذها قال بعضهم : الا أن يكون الشاهد من جملة العوام فانهم يتسامحون فى ذلك فينبغى أن يعذروا ما لم تقم قرينة على التعصب) أ هـ .

٤٩/٥٤١ ك س المنصورة (٤٩/١٢/٢٥) م ش ١٨٤/٢١

□■□

(المبدأ ١٢٦) : تحليف الشهود اليمين قائم مقام تزكيتهم .

ومن حيث ان يمين الشهود الآن قامت مقام التزكية لما فى البحر عن التهذيب يحلف الشهود فى زماننا لتعذر التزكية اذ المجهول لا يعرف المجهول واقره المصنف ثم نقل عن الصيرفى تفويضه للقاضى (شرح الدر ص ٤٩٥ جزء ٤ وفى الفوائد الزينية معزوا الى التهذيب) وفى زماننا لما تعذرت التزكية لغلبة الفسق اختار القضاة تحليف الشهود كما اختاره ابن أبى ليلى محصول عليه الظن أ هـ . ص ٣٤٩ من تنقيح الحامدية .

٢٨/٤١٠ شبراخيت (٢٩/١٢/١٩) ت س م ش ٢/٩٣٥

□■□

(المبدأ ١٢٧) : يمين الشاهد قائمة مقام التزكية (١) فلا يقبل اجماعا جرح هذا الشاهد جرحا مجردا بعد تحليفه اليمين ، ولا يقبل الطعن عليه بسرقة من غير الطاعن تقادم العهد عليها .

---

(١) متى رفعت الدعوى وسئل المدعى عليه فانكر وكلف المدعى باثبات دعواه فاحضر شهودا سأل القاضى كلا منهم عن اسمه وصنعته أو وظيفته ومحله ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة او بالاستخدام او غيرها ، ثم سأل كلا على انفراده ويبحث معه بحث موفق حتى تنكشف له درجة شهادته فاذا لم يظهر للقاضى ما يرد به شهادتهم سأل المدعى عليه عن رأيه فيهم فان قال هم صادقون فى شهادتهم هذه اعتبر هذا اقرارا بالحق به . وان قال هم عدول ولكنهم اخطأوا فى هذه الشهادة او نسوا الواقعة فلا يحكم القاضى قبل ان يتحقق من عدالتهم وقبول شهادتهم وهذا يكون بالتزكية سرا وعلنا .

والتزكية السرية تحصل أولا وتكون بورقة يعبر عنها فى اصطلاح الفقهاء (بالمستورة) ويكتب الحاكم فى تلك الورقة اسم المدعى والمدعى عليه واسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم ومحالهم واسماء آبائهم واجدادهم ان كانوا غير مشهورين ثم يرسلوا الى من وصنعتهم ومحالهم واسماء آبائهم واجدادهم ان كانوا غير مشهورين ثم يرسلوا الى من كلاما يفيد الجرح صراحة أو دلالة بان كتبوا فيها ليسوا عدولا أو لم نعلم بحالهم او الله اعلم فلا يقبل شهادتهم ، ان وجد ان المزكين كتبوا تحت اسم كل منهم هو عدل مقبول الشهادة انتقل الحاكم الى المرتبة الثانية وهى التزكية علنا وهى عبارة عن ان يحضر المزكين الى مجلسه بحضور المترافعين ويسألهم عن الشهود كما تقدم او يرسل الشهود والمترافعين الى محل التزكية مع امينه فتزكى الشهود علنا بحضرته ويخبر بما رأى ومتى اخبر المزكون بعدالة الشهود حكم القاضى من غير تأخير . والاحوط فى التزكية السرية ان يكون المزكى اثنين ويكفى فيها واحد ، أما التزكية العلنية فهى من قبيل الشهادة فيعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ، ولكن لا يلزم لفظ الشهادة .

اما ما نسبه للشاهد (سرقة) فهو من قبيل الجرح المجرد لأن الجرح فى الاصطلاح اظهار فسق الشاهد فان لم يتضمن ذلك اثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو مجرد ، مثل ان يشهد أن شهود المدعى فسقة او زناة ، وان تضمن اثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو مركب ، كما لو اقام المدعى عليه البينة أن الشهود زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر أو سرقوا منى كذا ولم يتقادم العهد بأن لم تزل رائحة الخمر ولم يمض شهر فى الباقى ، وقيد بعدم تقادم العهد اذ لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لأن الشهادة بحق متقادم مردودة والشهادة على الجرح لا تقبل بعد التعديل اذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا ، وهذا القيد من صاحب البحر ، وانما لم تقبل الشهادة فى هذه الحالة لأن العدالة بعد ثبوتها لا ترتفع الا باثبات حق الشرع أو العبد أما قبل التعديل فتقبل من حيث كونها طعنا فى عدالة الشهود يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها حتى يعدلوا فان عدلوا بعد هذا الطعن تقبل شهادتهم ، وليس المراد أن هـذا الطعن أثبت أمرا فيهم يسقطهم عن حيز القبول . وقد اعتمد ذلك صاحب الدر تبعا لما قرره صدر الشريعة واقره منلاخسرو لكن ابن الكمال رد شهادة الطاعن بالفسق المجرد قبل التعـديل وبعـده تبعا لعامة الكتب ومال اليـه الوافى وعزمى زادة والقهستانى لأن الجرح المجرد لا يدخل تحت الحكم والبينـة انما تقبل فيمـا يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزامه وهذا لا يختلف بكونه قبل اقامة البينة على العدالة وكونه بعدها والفسق انما يدخل تحت الحكم وليس فى وسع القاضى الزام الشاهد به لأن له أن يدفعه بالتوبة ولأن الشاهد بالفسق صار بهذه الشهادة فاسقا لأن فيها اشاعة الفاحشة بدون ضرورة وهى حرام بالنص بخلاف الشهـادة على الجرح المركب فانها مقبولة ضرورة احيـاء الحقوق (ص ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠ جزء أول من تكملةابن عابدين ، ٤٨ ، ٤٩ جزء سادس من فتح القدير ، ١٨٨ ، ١٨٩ جزء ثالث من الدر المختار ورد المحتار ، ٥٣٢ جزء ثان من الفتوى الهندية ، ٤٨ جزء سادس من الهداية) وبتطبيق هذه القواعد الفقهية نجد أن جرح الشاهد بعـد التزكية لا يقبل أجماعا لأن يمين الشاهد قامت الآن مقام التزكية والتعديل بحكم القـانون ولما فى البحر عن التهـذيب يحلف الشهود فى زماننا لتعـذر التزكية واقره المصنف وفى الفوائد الزينيـة معزوا الى التهذيب ، وفى زماننا لما تعـذرت التزكية لغلبة الفسق اختـار القضاة تحليف الشهود كما اختـاره ابن أبى ليلى لحصول غلبة الظن (ص ٣٤٩ من تنقيح الحامدية) .

٣٦/٣٦٣ الفشن (٢٠/٥/٣٦خ) ت س م ش ٥٤٣/٩

□■□

(المبدأ ١٢٨) : عدم التمسك بقيـام صلة مانعـة من الشهادة امام محكمة الموضوع . لا يجوز اثارة ذلك لأول مرة اما محكمة النقض .

من الأصول المقررة شرعا وجوب انتفاء التهمة عن الشـاهد ، فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه ، والفرع لأصله ، سواء علا الأصل أم سفل ، وسواء كان الأصل من جهة الأبوة او الأمومة . اما فيما عدا ذلك من شهادة سـائر القرابات بعضهم لبعض ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ هى مقبولة . عدم تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بقيـام صلة مانعـة من الشهادة لا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع .

نقض ٣/٤٤ ق (٣/١٢/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ١٢٩) : اذا اعترف المشهود عليه بصحة الشهادة بعد ادائها ـ دلالته على صحة الدعوى .

من حيث أن المنصوص عليه شرعا انه اذا قال المدعى عليه بعد ما شهد الشـاهدان هما عدلان ولم ينكر المدعى به أو كان قـد سكت ، اعتبر ذلك تعديلا ولا حاجة الى التزكية ان كان عدلا يصلح للتزكيـة والا فلا بد من التزكيـة ـ اما اذا قال هم عدول صدق أو همـا صادقان فيما قالا يكون اقرارا بالمدعى به ويحكم باقراره .

٢٨/٤٨ شبراخيت (٣١/١٠/٢٩) م ش ٥٢٣/١

□■□

(المبدأ ١٣٠) : الشهادة بالتسامع فى فقـه الشريعة الاسـلامية لها ضوابطها ودواعيها ـ قوتها فى الاثبات .

الأصل فى الشهادة انه لا يجوز للشـاهد ان يشهد بشىء لم يعـاينه ـ بالعين او بالسماع ـ بنفسه . واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منهـا ما هو على الصحيح أو على ارجح الأقوال ، او على قولين مصححين ، او على قول مرجوح ، اجازوا فيها الشهـادة بالتسامع من النـاس ، وان لم يعاينها بنفسـه ، وهو ضرورة بعد ضرورة دعت اليها رعاية المصالح والحاجة

الشـديدة او هى استحسان مرده والوجه فيه انها أمور يختص بمعـاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم ، وقد تتعلق بهـا احكام ، تبقى على انقضاء القرون ، وانها يقترن بها فى العـادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة فى كل منها منزلة العيان ، والناس يعتمدون فيها على الخبر ، فكان الخبر مسـوغا للشهادة ، ولو لم تقبل أدى ذلك الى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مرفوع شرعا ، وهم مع ذلك لم يجوزوا للشـاهد أن يشهد بالتسامع الا اذا كان ما يشهد به امرا متواترا سمعـه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، واشتهر واستفاض ، وتواترت به الأخبار عنده ووقع فى قلبه صـدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سـواء ، أو يخبره به ــ وبدون اسـتشهاد ــ رجلان عدلان او رجل وامراتان عـدول فيحصل له نوع من العلم الميسر فى حق المشهر به ، وهى مراتب منها ما يفيـد العلم كشـهادة التواتر ، ومنها ما يفيد ظنـا قويا يقترب من القطع كشهادة الاستفاضة ، ومنها ما يفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة بان يقولوا سمعنا سماعا فاشـيا او لم نزل نسمع من الثقات. والفقهاء وقد اوجبوا على الشـاهد أن «لايفسر» للقاضى انما ارادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما يشهد به لا تحميل القاضى هذا العبء ، وفى ضوء هـذه الاعتبارات يبين أن « الشهادة بالتسامع » فى فقـه الشريعة لا هى شهادة برأى ولا هى شهادة على شهادة ومن الدرجة الثانية ، وانما هى شهادة أصيلة ومتميزة بضوابطها ودواعيها ، لها قوتهـا فى الاثبات ، ويحمل الشاهد فيها عبء ما يشهد به وهى بذلك لا تدخل من باب شهادة التسامع ، ولا من باب الشهادة بالشهرة العامة فى فقه القانون الفرنسى ، ولا تجرى مجراها ، وبالتـالى مما تستقل به محكمـة الموضوع مما لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه ما لم تخرج بها الى ما لا تؤدى اليه .

نقض ١٢/٣٣ ق   س ١٨ ص ٦٤

□■□

(المبدأ ٣١) : الشهادة بالتسامع ــ احوالها وشروطها .

أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع فى مواضع منها النسب واختلفوا فى تفسيره وتحمل الشهادة به . فعن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جمـاعة لا يتصور تواطؤهم على الـكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار وعلى هذا اذا « أخبره » رجلان أو رجل وامرأتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر ، وعن الصاحبين اذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفى وتحل له الشهادة،

والفتوى على قولهما ، واشترطوا فى الاخبار ـ هنا وعن العدلين ـ أن يكون بلفظ « أشهد » وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة والمتون قاطبة ـ والنقول المعتبرة ـ أطلقت القول بأن الشاهد اذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى جميع المواضيع التى يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع . ومن الفقهاء من استثنى الوقف والموت فتقبل ولو فسر للقاضى انه أخبره به من يثق به لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف او الموت مائة سنة فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع فكان الافصاح كالسكوت . واختلفوا فى معنى التفسير للقاضى أنه يشهد بالتسامع فلو شهدا وفسرا وقالا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل . ولو قالا سمعنا من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل ، وقيل تقبل ولو قالا اخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال انه من التسامع ومنهم من قال انه ليس منه ، وجعله الراجح والظاهر انه حيث أجيز للشاهد أن يشهد بالتسامع فى المواضع التى بينوها وجب ان يقضى بشهادته وان فسر والا كان فى المقام ما يشبه التناقض ان كل ما فى الأمر انهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ولا يحملون القاضى ذلك (١) .

الطريق الى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع فى قلبه صدقا او أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامراتان يحصل له به نوع من العلم الميسر فى حق المشهود به وانهم أوجبوا على الشاهد أن يطلق اداء الشهادة ولا يفسر للقاضى أنه يشهد بناء على ما سمع من الناس واذا كان ذلك فان تعييب الحكم بأنه لم يبين انه توافرت فى اقوال الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون فى غير محله اذ هى أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد ، وكذلك تعيينه لان احدا منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب اثباتها ولا بما شهد به

---

(١) الاصل ان الشخص لا يجوز له ان يشهد الا بما راى لان الشهادة هى اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « واذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع » ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعاينة .

استثنى الفقهاء من هذا مسائل فقالوا يجوز فيها للشخص ان يشهد بها وان لم يعاين هذه المسائل منها ما هو متفق عليه مثل النسب والموت والنكاح والدخول بالزوجة وولاية القاضى واصل الوقف . ومنها ما هو مختلف فيه مثل الولاء والعتق والمهر وشرائط الوقف .

وقد اختلف فى معنى التسامع فقال محمد لا بد من ان يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الاخبار عند الشاهد من غير اتفاق فعلا هذا اذا اخبره بالخبر رجلان او رجل وامراتان لا يحل له ان يشهد . وقال الخصاف اذا اخبره رجلان او رجل وامراتان تحل له الشهادة بالخبر به مستدلا بحكم الحاكم فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه .

لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ما شهدوا به تحققت فيه شروط التواتر اذ هى امور تتصل باداء الشهـادة وحكاية ما تحمله الشاهد منهـا والشهادة بالتسامع ــ عنـد الأداء ــ يضرها الافصـاح ويصححها السكوت وان يكن سكوتا كالافصاح .

نقض ١٣/ ٣٣ ق (٤/ ١/ ٦٧) س ١٨/ ٥٤

□■□

(المبدأ ١٣٢) : الشهادة بالتسـامع . جوازها فى مسـائل النسب استثناء . شروط صحتها . تقرير الشـاهد انه علم بسلسلة النسب نقلا عن شخص معين . عدم اعتبار أقواله تسامعا . استبعاد المحكمة لشهادته . لا خطـأ .

الأصل فى الشهادة ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه ، الا أن فقهاء الحنفية استثنوا من ذلك مسـائل منهـا ما هو باجماع كالنسب ، فأجازوا فيه الشهادة بالتسامع بين الناس استحسانا ، وان لم يعاينه بنفسه ، ومع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد تسامعا الا اذا كان ما يشهد أمرا متواترا سـمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الـكذب ، ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ، ويقع فى قلبه صدقه ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء ، أو يخبر به ــ وبدون استشهاد ــ رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول ، فيصبح له من العلم الميسر فى حق المشهود به ، والمتون قاطبة ، والنقول المعتبرة ــ أطلقت القول بأن الشاهد اذا فسر للقاضى ردت شهادته ولا تقبل فى جميع المواضع التى يجوز الشاهد الشهادة فيها بالتسـامع . فاذا كان الثابت أن الشاهد الذى استبعدت المحكمة شهادته ذهب الى أنه علم بسلسلة النسب نقلا عن زوج عمته ، وكان هذا التحديد منه لا تتوافر به التواتر الذى لا يصح بغيره شرعا اعتبـار أقواله تسـامعا فضلا عن أنه ينبىء عن معنى التفسير ويكشف عن المصدر الذى استقى منه شهادته ، وكان الحكم قـد رد شهادة هذا الشاهد ولم يعول عليهـا فانه لا يكون قد خالف فقه الحنفية الرجح فى المذهب .

نقض ١٢/ ٤٥ ق (٩/ ٦/ ٧٦) س ٢٧ ص ١٣٣٣

□■□

(المبدا ١٢٣) : الشهادة بالتسامع ـ احوالها وشروطها .

الشهادة بالتسامع ـ طبقا لما جرى به قضاء النقض ـ جائزة عند الحنفيـة ، وشروطها أن يكون ما شهد به الشاهد امرا متوترا مشتهرا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ، ويقع فى قبله صدقها ، وأن يخبره به رجلان أو رجل وامرأتان عدول .

نقض ٣٩/٢٢ ق (٧٥/٤/٢٠) س ٢٦

□■□

(المبدا ١٣٤) الشـهادة السـماعية جائزة حيث تجوز الشـهادة الاصليـة .

الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية وهى مثلها تخضع لتقدير قاضى الموضوع .

نقض ٤٦/٩٩٠ ق س ٢١ ص ٨٩٥

□■□

(المبدأ ١٣٥) : عدم بيان الحكم شروط الشهادة بالتسامع ـ لا عيب.

لا محل لتعييب الحكم بانه لم يبين شروط الشهادة بالتسامع فى اقوال الشهود لأنها أمور تتصل بتحمل الشهادة وصلتها للشاهد .

نقض ٣٩/٢٢ ق س ٢٦ ص ٨٦٣

□■□

(المبدأ ١٣٦) : التطليق للضرر ـ لا تقبل فيه الشهادة بالتسامع .

الراجح فى فقـه الحنفية الواجب الرجوع اليـه عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان شادة التسامع لا تقبل الا فى بعض الأحوال وليس منهـا التطليق للضرر ومن ثم تكون البينة فيه بشهادة أصليـة من رجلين عدلين أو رجل وامرأتان عدول .

نقض ٤٧/١١ ق　　　　　　　　س ٣٠ ص ١٩٧

□■□

(المبدأ ١٣٧) : الشهادة بالتســامع لا تقبل شرعا فى اثبـات او نفى وقائع الاضرار المبيحة للتطليق للضرر .

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الشهادة بالتسامع لا تقبل شرعا فى اثبات او نفى وقائع الاضرار المبيحة لتطليق الزوجة على زوجها .

نقض ٥٢/٤٧ ق　　　　　　　　ح ١٩٨٤/٣/١٣

□■□

(المبدأ ١٣٨) : يجوز للشاهد ان يشهد بشىء عاينه بالعين او بالسماع بنفسه . الاعتداد بأقوال شاهدين شقيقين . مناطه .

الأصل فى الشهادة أنه يجوز للشاهد أن يشهد بشىء عاينه بالعين أو بالسماع بنفسه ، وكان لا تثريب على محكمة الموضوع ان هى اعتدت بأقوال شاهدين شقيقين طالما أن التهمة منتفية عنهما ، وليس لهما من صلة مانعة بالشهود له ، ولم يتحقق فيهما مظنة طلب مغنم أو دفع مغرم .

نقض ٤٣/١١ ق (٧٦/٢/١٧)　　　　　　　　س ٢٧

□■□

(المبـدأ ١٣٩) : دخول الزوج بزوجتـه مما تقبل فيـه الشـهادة بالسماع .

قال صاحب تنوير الأبصار فى كتاب الشهادة (ولا يشهد بما لم يعاين الا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف..الخ)

وقال العلامة صاحب قرة عيون الأخيار تعليقا على قول صاحب تنوير الابصار (ولا يشهد بما لم يعاين الا فى النسب والموت والنكاح والدخول) كاملا طويلا الى أن قال وفى الخلاصة (اذا شهد تعريسه وزفافه أو أخبره بذلك عدلان حل له أن يشهد أنها امرأته الى ان قال استدراكا لما نقل عن ظهير الدين يكن أفاد العلامة عبد البر : انها تقبل بالسماع ويترتب على قبولها أحكام كالعدة والمهر والنسب ص ٦٥ جزء اول تكملة رد المحتار على الدر المختار) .

٤٢/٦٣ ملوى (٤٣/٢/٦) م ش ٢٧٦/٢١

□■□

(المبدأ ١٤٠) : جوز الفقهاء الشهادة على الدخول والزفاف والتعريس من غير معاينة من الشاهد ، واجازوا له ان يشهد بما لم يعاينه فى امور منها الدخول والنكاح بل أجازوا الشهادة على الشهادة فى هذا المضمار .

الفقهاء فى مذهب السادة الاحناف أجازوا للشاهد ان يشهد بما لم يعاينه فى مواضيع منها النكاح والدخول ــ قال صاحب تنوير الأبصار (لو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها) وشرح صاحب الدر المختار بقوله (لانكارها سقوط نصف المهر ... الخ) وعلق العلامة ابن عابدين على عبارة الدر بقوله (كذا فى القنية للزاهدى ونظمه ابن وهبان وقال فى شرحه أنه تتبع هذا الفرع فما ظفر به ولا وجد ما يناقضه ووجهة ما شبهه على القواعد لأن من القول للمنكر أ. هـ. قلت رايته فى حاوى الزاهدى أيضا : وحكى فيه قولين فذكر ما مر معزيا الى المحيط وكتاب آخر ثم عزا الى الأسرار أن القول قوله لأنه منكر وجوب الزيادة على النصف أ. هـ. ويظهر لى ارجحية القول الأول ولذا جزم به المصنف ص ٣٥٢ جزء ثان ابن عابدين . وقال صاحب تنوير الأبصار عند الكلام مع جواز الشهادة بالتسامع (ولا بما لم يعاينه الا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف ... الخ) . وعلق العلامة صاحب تكملة ابن عابدين على عبارة النكاح بقوله (فلمن سمع به من جمع عند الامام وعدلين عندهما أن يشهد به قهستانى وفى القنية نكاح حضره رجلان ثم أخبر أحدهما جماعة أن فلان تزوج فلانه باذن وليها والآن يجحد هذا الشاهد يجوز للسامعين أن يشهدوا على ذلك . وفى العمادية وكذا تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع فى النكاح حتى لو راى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان وسعه ان يشهد أنها زوجته وان لم

يعـاين عقد النكاح أ. هـ. ويشهـد من رأى رجلا وامرأة بينهما انبساط الأزواج انها عرسة أ. هـ. ــ درر ــ وفى الخلاصة اذا شهد تعريسه وزفافه أو أخبره بذلك عدلان حل له ان يشهد انها امرأته قال فى جامع الفصولين الشهرة الشرعية أن يشهد عقده عدلان او رجل وامراتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع فى قلبه ان الأمر كذلك ومثله فى الظاهرية وعلق صاحب التكملة أيضا على عبارة التنوير والدر (الدخول بزوجته) بقولة فانها تقبل بالسماع . وذكر فى الخلاصة خلافا فى الدخول ففى فوائد أستاذنا ظهير الدين لا يجوز لهم أن يشهدوا على الدخول بالمنكوحة بالتسامع ولو اراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة أ.هـ.) ــ لكن أفاد العلامة عبد البر أنها تقبل بالسماع ويترتب على قبولها أحكام كالعدة والمهر والنسب أ. هـ. ص ٦٥ جزء سادس تكملة ابن عابدين .

٥٣/٦٠ س ك المنيا (٥٣/٦/٢٤)　　　　م ش ٩٢/٢٤

□■□

(المبدأ ١٤١) : يكفى فى شهادة الاستفسار اطمئنان المحكمة لها .

شهادة الاستفسار يكفى فى اعتبارها أن تطمئن لها المحكمة .

٢٨/٤٦١ اعياط (٢٩/٦/٢٤)　　　　م ش ٣٢٤/١

□■□

(المبدأ ١٤٢) : شهادة الاستفسار كافية للحكم بالنفقة .

شهادة الاستفسار كافية شرعا فى الحكم بالنفقة ــ بينما هى لا تصلح للحكم بالزوجية .

٢٩/٣٣٩ س ك بنى سويف (٣٠/٧/٢٢)　　　　م ش ٩١٥/٣

□■□

(المبدأ ١٤٣) : شهادة الاستفسار لا ترد عليها شهادة النفى .

شهادة الاستفسار يكفى فى اعتبارها الاطمئنان لها ولا ترد عليها شهادة النفى لاختصاصها بغيرها من الشهادات غير شهادة الاستفسار .

٣٣/١٧٤١ الجمالية (٣٤/٤/١٤)　　　　م ش ٤٤٠/٦

□■□

(المبدا ١٤٤) : يكفى فى اعتبار شهادة الاستفسار ان تطمئن المحكمة اليها وان يقع فى قلب القاضى صدقها .

يكفى فى اعتبار شهادة الاستفسار والاستكشاف ان تطمئن اليها المحكمة وان يقع فى قلب المحكمة صدقها .

٣٦/٣٤٤ فوه (٣٧/١١/٢٨) ت س م ش ٩/٤٤٨

(المبدا ١٤٥) : يكفى فى فرض النفقة شهادة الاستكشاف وقد تفرض بوثيقة ازواج .

شهادة الاستكشاف كافية فى فرض النفقة بانواعها ــ على انه قد تفرض النفقة بدون شهود أصلا اكتفاء بوثيقة الزواج التى لم تكن دالة الا على مجرد الزوجية .

٢٧/٦٠٢ أبو قرقاص (٢٩/١٢/٢٢) م ش ١٨/٤٣٥

□■□

(المبدأ ١٤٦) : تقبل الشهادة على النكاح بالشهرة ــ ويحل للشاهد أن يشهد بالنكاح متى رأى اثنين يتعاشران معاشرة الازواج .

المنصوص عليه شرعا ان الشهود على النكاح اذا لم يحضروا العقد تقبل شهادتهم متى شهدوا بالشهرة ما لم يصرحوا بالسماع المنصوص عليه شرعا انه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح متى رأى اثنين يتعاشران معاشرة الزواج .

٢٨/٨٩١ ك مصر (٣٠/١٢/٢٢) م ش ٢/٣٥٧

□■□

(المبدا ١٤٧) : الشهادة بالشهرة جائز فى النسب .

من حيث أن الاثبات تضمن المعاشرة الزوجية بعد ١٩٣١ وبنوة الولد للحضين وأن ذلك ثابت بالشهرة العامة والشهادة بالشهرة جائزة فى النسب،

وقد اطلق الشهود وقرروا أن هذا ابن الخصمين ولا مانع من ذلك وان كان الشاهد لم يعاين الوضع كما يشهد بان عمر بن الخطاب (خليفة المسلمين) وهو لم يشاهد ذلك قد نقل فى الفتح من صاحب العمادية أن الشاهد لو قال فى شهادته على النسب والنكاح اخبرنا بذلك من نثق تقبل الشهادة وقيل هذا هو الاصح واختاره الخصاف، وهذا متفق مع ما قضت به المادة ٩٩ من القانون من عدم سماع دعوى الزوجية أو اقرار بها عند الانكار فى الحوادث الواقعة من اول اغسطس سنة ١٩٣١ الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ـ لأن هذه دعوى نسب وهى باقية على حكمها المقرر شرعا كما كانت قبل هذا القانون.

١١٨/٣١٥ ك أسيوط (٣٦/٩/٢) م ش ١٨٩/٨

□■□

(المبدأ ١٤٨) : للشهادة على الشهادة فى فقه الشريعة الاسلامية ضوابط وشروط .

للشهادة على الشهادة فى فقه الشريعة الاسلامية ضوابط وشروط منها أن يشهد على شهادة كل أصل رجلان أو رجل وامرأتان ولو كان أحد شهود الأصل امرأة فلو شهد على شهادة كل أصل شاهد واحد أو رجل وامرأة أو امرأتان لم تقبل هذه الشهادة لأن الفروع انما تشهد أمام القاضى على شهادة الأصول وتعتبر شهادة كل أصل حق يراد اثباته أمام القاضى ولا يثبت الحق أمامه بدون نصاب كامل .

٣٤/٣٥ ق (٦٧/١١/١٥) س ١٨/١٦٩٠

□■□

(المبدأ ١٤٩) : لو شهد احد الشاهدين بالنكاح والآخر بالتزوج قبلت الشهادة لاتحاد معناهما وكذا الهبة والعطية ونحوها .

المنصوص عليه شرعا أن العبرة فى الشهادة على النكاح معنى الشهادة لا لفظها لو سلم أن هذا الاختلاف الحرفى يعد اختلافا ، جاء فى متن الدر وشرحه ـ وهو نص من نصوصه (وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى بطريق الوضع ولو شهد أحدهما وكذا الهبة والعطية ونحوها) أ. هـ. لو شهد أحد الشاهدين بأنها قالت زوجتك نفسى وشهد الآخر بأنها قالت وهبتك أو أعطيتك نفسى (والحادثة واحدة) قبلت الشهادة ولا يعد هذا اختلافا ترد بسببه الشهادة فكيف اذا لم يوجد فيما شهد به الشاهدان فى

هذه القضية ا لاختلاف حرفى ضئيل وان المجلس يعين المخاطب والمقصود بعقد النكاح وان النكاح ينعقد شرعا بالألفاظ المصحفة كزوزت الى آخره .

٣١/١٤٨٣ كرموز (٣٢/٨/٧) م ش ٤/٦٦١

□■□

(المبدأ ١٥٠) : للشاهد ان يشد بما لم يعاين فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى فقط ، فاذا راى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد الى الآخر انبساط الأزواج جاز له ان يشهد بانها امراته .

المنصوص عليه شرعا أن الشاهد لا يشهد بما لم يعاين الا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى ، ص ٣٦ جـ ٤ ابن عابدين وانه اذا راى رجلا وامراة يسكنان معا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امراته ص٢٢ جـ٦ فتح القدير ونقله صاحب الفتاوى المهدية عن الهداية ومثله فى البحر ص ٨٢ جـ ٧ اى صح له شرعا أن يشهد بقيام الزوجية بينهما وان لم يعاين النكاح .

٣٩/٤٧١ شبرا (٤٠/١١/٢٧) م ش ٨١/٤/١٢

□■□

(المبدأ ١٥١) : يجوز للشاهد ان يعدل عن شهادته او يزيد فيها قبل تركه مجلس القضاء .

النص الفقهى بأن للشاهد ان يعدل عن شهادته او يزيد فيها قبل البراح من مجلس القضاء كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من الفتاوى الخانية ص ٤٢٠ على هامش الفتاوى الهندية .

٢٨/٦٠ العياط (٢٨/١٢/٢٦) م ش ١/٢١٥

□■□

(المبدا ١٥٢) : غلط الشـاهد لا يؤثر فى صحـة شهادته متى صحح نفسـه .

غلط الشاهد لا يؤثر فى صحة شهادته متى كان قد صححه بنفسه .

١٤٧/٢٩ ك مصر (١٠/٣/٣١) م ش ١٥٤/٣

□■□

(المبدا ١٥٣) : الاختلاف على حواشى الشهادة لا يؤثر على صحتها.

اختلاف الشهود فى المولد أو الجنسية لا يؤثر على صحة اشهادة لأنه اختلاف فى حواشيها لا فى جوهرها .

٣٨/٣٦ العليا الشرعية (٥٩/٣/٣٨) م ش ٧٩٧/٩

□■□

(المبدا ١٥٤) : اغفال شهادة الشاهد .

اذا دلت شهادة الشـاهد على جهله بحال المشهود له وضعف علمه بظرف الحادث المشهود به وبدت شهادته آلية وجب اغفالها وعدم الأخذ بها.

٢١٩/٤٩ ك مصر (١/٤/٥٣) م ش ٣٨١/٢٣

□■□

(المبدا ١٥٥) : سماع شهود النفى فى ذات الجلسة التى سمع فيها شهود الاثبات ـ مادة ٧٣ من قانون الاثبات ـ مخالفة ذلك ـ لا بطلان .

النص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٣ من قانون الاثبات على أن « يستمر التحقيق الى أن يتم سماع جميع شهود الاثبات والنفى فى الميعـاد ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الاثبـات الا اذا حال دون ذلك مانع » يدل على أنه وان كان الاصل سـماع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الاثبات ، الا أن هـذا ليس أمرا حتما يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التى تتولى

اجراء التحقيق ، فلها ان ترجىء سماع شهود النفى الى جلسة اخرى غير التى سمعت فيهـا شهود الاثبات اذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسـة مانع ، وتقـدير المانع يدخل فى نطاق سلطـة المحكمة الموضوعية بلا معقب عليهـا .

نقض ٢٠/٤٤ ق (٧٦/٢/٢٥) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٥٦) : سماع شهود الطرفين بعد انتهاء ميعاد التحقيق . لا بطلان .

المادة ٢٠ من قانون المرافعات القائم لا ترتب البطلان بغير نص صريح الا اذا شاب الاجراء عيب لم تتحقق بسببه الغاية منه ، وكان النص فى المادة ٧٥ من قانون الاثبـات على انه لا يجوز بعد انقضاء ميعـاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم هو نص تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته، فيعتـد بالتحقيق الذى يتم بعـد انتهاء الميعاد طالما سمع شـهود الطرفين وتحققت الغاية من الاجراء .

نقض ٢/٤٣ (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٥٧) : اثبـات الولادة من المعتـدة من طلاق بائن عنـد انكار الزواج . كاف بشهادة القابلة او اية امراة مسلمة عدلة .

الراجح فى المذهب الحنفى ــ وهو قول الصاحبين ــ انه يكفى لاثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن اذا انكرها الزوج شهادة القابلة أو اية امراة مسلمة عدلة . والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب طالما اتت المعتدة بالولد فى مدة يحتمل ان يكون من مطلقها ، فهى شهادة على مجرد واقعـة الولادة ، وثبوت النسب انما يجىء تبعا لا قصدا ، ويكون استلزام الشهادة الكاملة فى هذه الحالة على غير اساس . ولئن كان البلوغ من الشروط العامة فى الشاهد ، الا انه شرط للأداء وليس شرطا للتحمل لما للشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه اذ بها يلزم بالحق ويحكم عليه به ولا ولاية للصبى على نفسـه فلا ولاية له من باب أولى على غيره . وبعبارة اخرى فان البلوغ شرط عنـد الادلاء بالشهادة فحسب وليس بشرط عنـد حدوث الواقعـة

المشهود عنيها، فانه يكفى لامكان علم الشاهد بالحادثة وفهمها وقت حصولها وتحمله الشهادة عنها أن يكون عاقلا ولو كان صبيا . وأهلية التحمل انما تكون بالضبط الذى يتمثل فى حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الأداء ، وهو يثبت للصبى المميز كما يثبت للبالغ .

نقض ٤٤/٦ ق (٧٦/١/٧) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٥٨) : نصاب شهادة الولادة .

يكفى لثبوت الولادة شهادة امراة واحدة .

نقض ٤٤/٦ ق (٧٦/١/٧) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٥٩) : شهادة المستاجر للأجير مقبولة شرعا .

شهادة المستاجر للأجير على عكس شهادة الأجير للمستأجر مقبولة شرعا لأنها لا تحمل للشاهد مغنما ولا ترفع عنه مغرما .

نقض ٣٧/١١ ق (٧٠/١١/٢٥) س ٢١ ص ١١٦٢

□■□

(المبدأ ١٦٠) : استناد المحكمة الى اقوال شهود فى قضية اخرى .

لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى ان هى اخذت بهذه الأقوال كقرينة ، وكان الاثبات فى الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن .

نقض ٣٩/١٨ ق (٧٢/٥/١٠) س ٢٣ ص ٨٤٥

□■□

(المبدأ ١٦١) : مناط صحة الشهادة بالارث .

مناط صحة الشهادة بالارث وجوب أن يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت ، بحيث يذكر نسب الميت

والوارث حتى يلتقيا الى اصل واحد . والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره ، ويبين للقاضي انه وارث حقيقة لتعرف نصيبه الميراثي .

نقض ٤٣/١٥ ق (٧٦/١/١٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٦٢) : استخلاص ثبوت العجز الجنسي من عدمه متروك لقاضي الموضوع .

اذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من وقائع الدعوى انه لم يثبت أن الزوج مصاب بعجز جنسي مستحكم مما لا يرجى شفاؤه واستدل على ذلك بأن الطاعنة لم تمكث معه بمنزل الزوجية المدة الكافية للحكم على حالته ، وقدر هذه المدة بسنة كاملة على أساس أن السنة تحوى فصولا أربعة ، وربما يستطيع الزوج القيام بواجباته في فصل دون آخر ، ورتب الحكم على عدم ثبوت العجز الجنسي بالمطعون عليه قضاؤه برفض دعوى الطاعنة ببطلان عقد الزواج ، وهو استخلاص موضوعي سائغ يؤدى الى ما انتهى اليه ، ومما يستقل به قاضي الموضوع . لما كان ذلك ـ فان النعي على الحكم المطعون فيه يكون في غير محله .

نقض ٤/١٠ ق (٧٣/٣/١٤) س ٢٤ ص ٤٢١

□■□

(المبدأ ١٦٣) : ترد الشهادة بالريبة فيها .

ترد الشهادة بالريبة فيها اذا وجد في الأوراق المقدمة ما يختلف عما تضمنته الشهادة ولو لم تندفع به الدعوى شرعا وهذه الريبة تقتضي تكليف المدعي بحصر أدلته وشهوده .

٢٩/٢٠٨ العليا الشرعية (٣٢/١/١٢) م ش ٤١٧/٣

□■□

(المبدأ ١٦٤) : متى يصح تجريح الشهود ـ الجرح المجرد ـ والجرح المركب .

من حيث ان المدعى عليهما نسب وكيلها الى من شهد السرقة ولم

تعول المحكمة على ذلك ، لأن ما نسبه الى الشاهد من قبيل الجرح المجرد اذ لا تصح اقامة الدعوى عليه لاثبات حق الله أو حق للعبد ، لأن غاية ما فيه أنه فسـق والفسق لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة ولأنه عتـك الستر ، والستر واجب والاشاعة حرام، وانما يرخص ضرورة احياءللحقوق وذلك فيمـا يدخل تحت الحكم وهو الجرح المركب لأنه طعن وفيه اثبـات حق ، فتصح اقامة الدعوى عليه لاثبات حق لله كحد الشرب أو الزنا أو حق الغير كأن يقول المشهود عليه أن الشهود سرقوا منى كذا وبينته حتى يكون خصمـا فتقبل الدعوى به والاثبـات عليه احياءا لحق الله أو لحق العبـد ولا كذلك الجرع المجرد فلا تقبل الشهادة عليه لما ذكر ولأن السرقة المذكورة على فرض حصولها لا خصومة فيها الآن مطلقا لاعتراف وكيل المدعية بسبق الفصل فيها وحلول الجزاء بالشاهد من أجلها فلا دخل للمشهد عليها فيها فلا تقبل خصومتها حتى ولو مع قيـام الخصومة بين طرفيها اذ لا شـأن للمشهود عليها فى ذلك لأن سرقة الشاهد من غيرها فعل حدث بين شخصين لم تكن المشهود عليهـا واحدا منهما فليس فى اثباتها حق لله ولا حق لهـا فلا تكون خصما فيها على اى حال .

(نص على ذلك فى الجزء السادس من فتح القدير صفحتى ٤٨ ، ٤٩ وفى الدر المختار ورد المحتار صفحتى ١٨٨ ، ١٨٩ من الجزء الثالث) .

٢٨/٤٠ العياط (٢٩/٢/١٣) م ش الأ١٠٩

□■□

(المبدأ ١٦٥) : اذا لم يثبت المشهود عليه الجرح الذى ادعاه فليس له تحليف الشهود ولا المشهود له .

من حيث ان المقرر شرعا ان الجرح ينقسم الى قسمين جرح مركب : وهو ما فيه اثبات لحق الله او لحق العبد كقوله أن الشهود زنوا ووصفـه أو سرقوا منى كذا أو شربوا الخمر ولم يتقـادم العهد بأن لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى أو قتلوا النفس عمدا وهذا تقبل الشهـادة عليه بعد التعـديل وقبله . والى جرح مجرد وهو الذى ليس فيـه ، اما الجرح المجرد اثباتا لحق الله تعالى أو للعبد كقوله أن عادتهم الزنا او شرب الخمر او اكل الربا او انهم فسقة او أقروا انهم شهدوا زورا او انهم اجراء فى الشهادة أو ان المدعى مبطل فى هـذه الدعوى أو انهم لا شـهادة لهم على المدعى فى هذه الحادثة او أنهم لا شهادة لهم مع المدعى عليه . وهذا لا تقبل عليه البينة بعد التعديل بل قبله ، وذكر فى البحر ان التفصيل انما هو اذا

ادعاء الخصم وبرهن عليه جهرا . اما اذا اخبر القاضى به سرا وكان مجردا طلب منــه البرهان عليــه فاذا برهن سرا ابطل الشهادة لتعــارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح . وحاصله انها تقبل على الجرح ولو مجردا أو بعد التعديل ولو شهدوا به سرا .

والجرح هو اظهار ما يمثل بالعــدالة لا بالشهادة مع العــدالة ، واما الأخير فهو طعن وهو مقبول وتقبل البينة عليــه ، قال فى الخلاصة للخصم أن يطعن بثلاثة اشياء أن يقول هما عبدان او محدودان فى قذف أو شريكان، فاذا قال هما عبدان يقال للشاهدين اقيما البينة على الحرية ، وفى الأخيرين يقال للخصم اقم البينــة أنهما كذلك أ. هـ. وفى خزانة الأكمل : لو برهن على اقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم تقبل وليس هذا بجرح وانما هو من باب الاقرار على نفســه أ. هـ. ومن الطعن المقبول اقرار المــدعى بشهادتهم زورا أو بأنه استأجرهم على هــذه الشهادة او على اقرارهم انهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق وتقبل لو شهدوا عليــه . وتقبل ايضا لو شهدوا بأنه ابن المدعى أو أبوه او انه استأجرهم بكذا واعطاهم ذلك ممــا كان لى عنــده من المال وان لم يقله لا تقبل دعواه الاستئجــار لغيره ولا ولاية له عليه أو شهدوا على قول المدعى انى صالحتهم على كذا ـ ودفعت اليهم رشوة على أن لا يشهدوا زورا وانا اطلب ما اعطيتهم .

ومن حيث انه من المقرر شرعا انه اذا لم يثبت المشهود عليــه الجرح الذى ادعاه فليس له تحليف الشهود ولا المشهود له وبذلك صرح فى البحر الرائق ، ثم قال وهو يقبل اقرار الشاهد ، ويصير كالبرهان لم اره وينبغى القبــول أ. هـ. انقروى ـ وفى جامع الفصولين ص ١٤٦ جـ ١ ما نصــه « الشاهد لو أنكر الشهادة لا يحلف ، والمدعى عليه قال لو قال كذب الشاهد واراد تحليف المدعى ما تعلمه انه كاذب لا يحلفه ، وكذا لو قال المدعى عليه أن هذا الشاهد كان قد اقر قبل الشهادة أن هذا المحدود ملكى أو قال أنه قد كان ادعاه على قبل الشهادة واراد تحليف الشاهد أو المدعى لا يحلف . وليس للمدعى عليه تحليف المدعى ان ما ياخذه بحق » .

٢٨/٤١٠ شبراخيت (٢٩/١٢/١٩) م ش ٩٣٥/٢

□■□

(المبدا ١٦٦) : الجرح المجرد بعد التزكية لا يقبل اجماعا .

ان الجرح المجرد بعد التزكية لا يقبل اجماعا لان يمين الشاهد قامت الآن مقام التزكية ، والتعــديل بحكم القانون . ولما فى البحر عن التهــذيب

يحلف الشهود فى زماننا لتعذر التزكيـة اذ المجهول لا يعرف المجهول واقره المصنف ثم نقل عن الصيرفى تفويضه للقاضى (شرح الدر ص ٤٩٥ جزء ٤) وفى الفوائد الزينية معزوا الى التهذيب أو فى زماننا لما تعذرت التزكية لغلبة الفسق اختار القضاة تحليف الشهود كما اختاره ابن أبى ليلى لحصول غلبة الظن (ص٣٤٩ من تنقيح) الحامدية .

٣٦/٣٦٢ الفشن (٣٧/٥/٢٠) م ش ٧٥/٢/١١

□■□

(المبدا ١٦٧) : الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته الا اذا مضى عليـه زمن وهو تائب واقله ستة أشهر .

قال فى البحر عن الخانية (الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة ثم بعضهم قدره بستة أشهر وبعضهم قدره بسـنة والصحيح أن ذا لكمفوض الى رأى القاضى والعدل . وفى الخلاصة ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهـد تقبل من غير مدة) ، وفى القهستانى عن قضاء الخلاصة المختار اجتناب الاصرار على الكبـائر فلو ارتكب كبيرة مرة قبلت شهادته وفى الفتح وغيره أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلهذا شرط فى شرب المحرم والسكر الادمان (ص ٨٠ ، ١٢١ جزء أول من تكملة ابن عابدين) .

٣٦/٣٦٣ الفشن (٣٧/٥/٢٠) م ش ٧٥/٢/١٢

□■□

(المبدا ١٦٨) : العداوة الدنيوية المانعة من قبول الشهادة ـ المقصود بها . اختلاق الطاعن خصومة بينه وبين الشاهد ـ اثرها .

يشترط لصحـة الشهادة شرعا أن يكون الشـاهد عدلا غير متهم فى شـهادته ، فلا يجوز أن يكون فى الشهادة جر مغنم للشـاهد أو دفع مغرم عنه ، كما لا تقبل شهادته متى كان بينـه وبين المشود له عداوة دنيوية ، الا أن العـداوة الدنيوية ليست هى كل خصومة تقع بين شخص وآخر فى حق من الحقوق ، بل ان ابطال الشهادة مشروط بأن يشهد الشـاهد على خصمه فى واقعة يخاصمه فيها ومثلوا لذا بشهادة المقذوف على القـاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القـاتل والمجروح على

الجارح والزوج على امراته بالزنا اذا كان قذفها به أولا ، ولا يسوغ بداهة ان يخلق من يطعن على شهادة لهذا السبب خصومة مدعاه ليتخذ منها وسيلة لابطالها .

نقض ٢/٤٧/٢ ق س ٢٩ ص ١٦٧٥

□■□

(المبدأ ١٦٩) : الطعن على شهادة امام محكمة الجنح لا يكفي لعدم الاخذ بهـا .

الطعن على شهادة الشهود امام محكمة الجنح لا يكفى لعدم الاخذ بها ولا يوجب نقض الحكم المبنى عليها .

٤٣/٣٣٢ العليا الشرعية (٤٤/١/٤) م ش ٩٥/٦/١٦

□■□

(المبدأ ١٧٠) : تكذيب المدعى لشهوده يعتبر فسقا مانعـا من قبول الشهادة شرعا .

وحيث أن المستأنف عليه قدم لاثبات الدعوى ستة شهود ... وقد كذبهم بما اعترف به ... والتكذيب تفسيق ولا شهادة لفاسق ـ وفوق هذا فقد كذب الشهود بعضهم بعضا وهذا موجب لرد شهادتم شرعا .

٣٦/١٨٧ ئـ س اسيوط (٣٧/٦/١٠) م ش ٦١/١٠

□■□

(المبدأ ١٧١) : لا تقبل الشهادة على نفى غير متواتر ..

نص الفقهاء على أن شهادة النفى المتواتر مقبولة بخلاف غيره فلا تقبل سواء كان نفيا صورة او معنى وسواء احاط به علم الشاهد او لا ، وذكروا **ايضا أن الشرط يجوز اثباته ببينة ولو كان نفيا ـ وعللوا ذلك بانها للاثبات** معنى اذ الغرض اثبات الجزاء كما لو قال لقنه : ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر فبرهن القن انه لم يدخل يعتق . وكما لو قال ان لم ادخل الدار اليوم فامراته كذا فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل . يراجع الجزء الرابع من ابن عابدين فى آخر باب القبول وعدمه ومن كتاب الشهادات ،

و ص ٣٨٧ من الجزء الأول من الأنقروية . (راجع المادة ٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

٣٣/١٣٨٠ اسيوط (٣٤/١٠/١٣) م ش ٦/٩٩٠

□■□

(المبدأ ١٧٢) : متى أمكن العمل بشهادة النفى وجب المصير اليه . الشهادة على النفى المنضبط قطعا او ظنا مقبولة شرعا والعمل بها حينئذ واجب شرعا — قولهم شهادة النفى غير مقبولة ليس على اطلاقه وانما ذلك فى حالة واحدة وهى النفى غير المنضبط قطعا او ظنا وهو ما لا يحيط به علم الشاهد .

ان الفقهاء نصوا على ان بينة النفى لا تعارض بينة الاثبات وان شهادة الاثبات مقدمة على بينة النفى (ترجيح البينات من ابن عابدين) لأن البينات شرعت للاثبات لا للنفى ، ومن حيث أن هذا ليس على اطلاقه بل محله اذا صحت بينة الاثبات . وكانت من القوة بحيث ترجح بينة النفى ، لكن اذا كانت بينة النفى أقوى وكان فى بينة الاثبات ما يعكر على حجيتها ، ولو كان هذا الضعف ناشئا من شهادة النفى فان بينة النفى حينئذ هى المقدمة وخصوصا اذا كانت على نفى منضبط قطعا وظنا (جاء فى معين الحكام لمفتى القدس العلامة علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى ما يأتى — اشتهر على السنة الفقهاء أن الشهادة على النفى غير مقبولة ، وفيه تفصيل ، فان النفى قد يكون معلوما بالضرورة أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص . وقد يعرى عندهما فهذه أقسام ثلاثة فى النفى : القسم الأول : تجوز الشهادة به اتفاقا ، كما لو شهد أن زيدا لم يقتل عمرا بالأمس لأنه كان عنده فى البيت لم يفارقه وأن بكرا لم يسافر الى جهة كذا لأنه رآه فى البلد فهذه شهادة صحيحة على النفى — والقسم الثانى : تجوز الشهادة به أعنى النفى مستندا الى الظن الغالب كالشهادة على حصر الورثة وانه لا وارث له غير هذا فمستند الشاهد الى الظن اذ يحتمل أن يكون له وارث لم يطلع عليه فهذه شهادة على النفى مقبولة — والقسم الثالث : وهو ما عدا عنهما مثل أن يشهد أن زيدا لم يوف دينه الذى عليه أو ما باع سلعته ونحوه فهذه امور نفى منضبطة فلا يجوز الشهادة بها وانما تجوز الشهادة على النفى المنضبط قطعا أو ظنا أ. هـ) .

٣٨/٢٩٧ أبنوب (٣٩/٤/٢٢) ت س م س ١٠/٨٣٤

□■□

(المبدا ١٧٣) : الشـــهادة على النفى صورة ومعنى غير مقبولة الا اذا توافرت فى هذه الشهادة شروط التواتر .

ان الحكم الذى بنيت عليه المعارضة هو أن المعارض ضدها ليس لهـا صلة بهذا المتوفى (شحاته ابو زيد على) وليست وارثة له ولا يوجد شخص بهذا الاسم مطلقا وهذا نفى محض صورة ومعنى ـ وأن المتوفى الذى لا شأن فيه اسمه (شحاته ابو زيد شحاته)وهذا نفى معنى ، والشهادة على هذا النفى غير مقبولة الا اذا توافرت فى هـذه الشـــهادة شروط التواتر فيجب العمل بها حينئذ . وتوافر شروط التواتر فى هذه الشهادة على النفى المذكور فى هذه المعارضة غير متحقق ، لأن دليل المعارضة انما هو أوراق رسميـة باعتراف وكيلها فى ورقة المعارضة بذلك ، وليس فى استطاعة المعارضة عقلا وعادة اقامة بينة التواتر على هذا النفى ، قال فى البزازية : شهد انه اشترى من فلان فى يوم كذا فى بلد كذا فبرهن على أنه لم يكن فى ذلك اليوم ولا فى ذلك المكان بل كان فى مكان كذا لا تقبل لأن قوله (لم يكن) فيه نفى صورة ومعنى وقوله (بل كان فى مكان كذا) فيـــه نفى معنى ، لكن قال فى المحيط أن تواتر عند النـــاس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك الزمان والمكان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ ذمته لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات مما لا يدخله الشك وقد نقله الحمدى فى حاشيته على الأشباه .

٣٦/٢٦٨ الفشن (٣٧/٥/٢٧) م ش ٢٩٦/٧/٨

□■□

(المبدا ١٧٤) : الشهادة على النفى مقبولة .

المعول عليه فى فقـــه الحنفية ان الشـــهادة على النفى تقبل ان كانت فى المعنى شهادة على أمر وجودى وهو هنا قائم لأن شاهدى المطعون عليه الأولين انصبت أقوالهما على تأكيد الواقعة الثابتة بالمستندات الرسمية .

نقض ٤٤/١١ ق (٧٦/٢/٤) س ٢٧

□■□

(المبدا ١٧٥) : الشـــهادة على النفى مقبـــولة فى كل حال الا فى حالة واحدة وهى ما اذا كان النفى غير منضبط بان كان عدما صرفا .

يمكن ارجاع الشهادة على النفى الى أصول اربعة :

الأول : ان يكون النفى متواترا كما اذا ادعى رجل على آخر انه اقرضه مائة جنيه فى مصر فى يوم كذا فى ساعة كذا واثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن فى ذلك المحل بل كان فى محل آخر فانها تقبل ولا تسمع دعوى المدعى ـ قال فى المحيط اذا تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك الزمان والمكان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ ذمته لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ، نقل ذلك الحموى فى حاشيته على الأشباه ـ وجاء فى المجلة العدلية فى المادة رقم ١٦٩٩ ما يأتى ملخصا (لا تقبل الشهادة بالنفى الصرف ولكن بينة النفى المتواتر مقبولة) وجاء فى شرحها تعليلا لذلك بأن الشهرة فى النفى حجة كما فى الاثبات .

الثانى : الشرط يجوز اثباته ببينة ولو نفيا كما لو قال لعبده او لزوجته ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر او انت طالق فبرهن كلٌ منهما انه لم يدخلْ فى هذا اليوم قبل أ. هـ. ـ من حاشية الحموى ومعين الحكام معزوا الى المبسوط ، والأمثلة على هذا الأصل كثيرة .

الثالث : الشهادة على النفى اذا كانت فى المعنى شهادة على امر وجودى كما لو قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت واقامت البينة على سكوتها قبلت قال فى الفتح لأنها لم تقم على النفى بل على حالة وجودية فى محل يحاط بطرفيه . او هو نفى يحيط به الشاهد فتقبلْ .

الرابع : لو قامت الشهادة على الاثبات وفيها نفى كما فى مسألة عدم الخلوة بأن يقولَ هذه دابته نتجت عنده ولم يزل مالكا لها تقبلْ على الأصح كما ذكره الحموى فى الأشباه وجامع الفصولين وصاحب معين الحكام عن المحيط ومثله ما اذا شهد أن الظئر أرضعت الصبى بلبن شاة لا بلبن نفسها . ومما ذكره علماء الحنفية فى هذا المقام جاء مطابقا كما ذكره صاحب معين الحكام عن الأستاذ الفارابى المالكى ولا تخرج عن الأصول المذكورة حيث قالَ ان النفى ان كان معلوما بالضرورة أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص قبلت الشهادة به وان عرى عن ذلك فلا أ. هـ. ـ على أن المراد بالنسبة للحلف على النفى هو الحلف على نفى ما عجز عن اثباته المدعى او الدافع سواء أكان موضوعه نفيا ام ايجابا وهو فى المعنى نفى على كلّ حالّ .

١٢١٣/٤٠ المحلة الكبرى (٢/٢/٤٧) م ش ٤٠٣/٢١

□■□

(المبدا ١٧٦) : لا تقبل شهادة العدو على عدوه متى كانت عداوة دنيوية وما يعتبر عداوة مانعة من قبول الشهادة متى كان العدو يفرح لحزن عدوه ويحزن لفرحه وتثبت بالشتم والقذف .

ومن حيث أن المقرر شرعا انه اذا طعن الخصم بأن الشهود أعداء له عداوة دنيوية فاثبت دعواه بالوجه الشرعى تبطل شهادتهم ، وان العدو من يفرح لحزنه ويحزن لفرحه كما فى البحر ، وان الخصومة اذا جرت بين المدعى والمدعى عليه كانت دنيوية . ونقل فى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها او يجلب بها منفعة او يدفع بها مضرة . ولكن المتأخرين على الأول من الاطلاق فسواء افسق بها ام لا . وتثبت بالشتيمة والقذف كما صرح به انتمرتاش صاحبالتنوير فى فتاويه فقد صرح به فى شرح الوهبانية انها تثبت بنحو القذف وقتل الولى وأنه اذا ادعى شخص عداوة آخر تكون مجرد دعواه اعترافا منه على نفسه ولا يكون ذلك قادحا فى عدالة المدعى عليه انه عدوه ما لم يثبت المدعى انه عدوا له أ. هـ . ـ ملخصا عن تنقيح الحامدية ص ٣٣٤ ج ١ .

٢٩/١٣٢ شبراخيت (٣١/٢/٢٧) م ش ٨١٧/١

□■□

(المبدأ ١٧٧) : اذا اختلف الشاهدان فى صيغة الطلاق فشهد احدهما انه قال لها انت خلية وشهد الآخر انه قال لهـا انت برية لا تقبل الشهادة لاختلافهما فى لفظ الايقاع وان كان معنى اللفظين واحدا .

جاء فى الأنقروية بالثامن فى الاختلاف بين الدعوى والشهادة واختلاف الشاهدين ما يأتى عن قاضيخان (لو اختلفا فى الطلاق فشهد أحدهما على تطليقتين والآخر على الثلاث او شهد أحدهما على تطليفتين والآخر على تطليقة لا تقبل فى قول ابى حنيفة وقال صاحباه وابن ابى ليلى جازت شهادتهما على الأقل . ولو شهد أحدهما على تطليقة والآخر على تطليقة ونصف أو شهد احدهما على تطليقة وتطليقة جازت شهادتهما على الأقل عند الكل . ولو شهد أحدهما انه قال لها انت خلية وشهد الآخر انه قال انت برية لا تقبل عند الكل لأنهما اختلفا فى لفظ الايقاع وان كان معنى اللفظين واحدا ، وكذا لو شهد احدهما انه طلقهـا ان دخلت وقد دخلت وشهد الآخر انه طلقها ان كلمت لا تقبل عند الكل . وكذا لو شهد أحدهما انه طلقها ثلاثا وشهد آخر انه قال لهـا انت على حرام ونوى الثلاث لا تقبل عند الكل) فيرى من هـذا النص

وتعليلهم عدم قبول الشهادة اذ شهد احدهما بانه قال لها انت خلية وشهد الآخر بانه قال لهـا انت برية أن الاختـلاف فى لفظ الايقـاع مانع من قبول الشهادة وان كان اللفظان متحدى المعنى .

٢٣/٧٩٢ بنى سويف (٢٧/٦/٣٤) ت س م ش ٦/٧٩٤

□■□

(المبدأ ١٧٨) : الرأى الراجح عند الأحناف فى مرتبـة الشهادة على الزواج والطلاق ان نصابها رجلان أو رجل وامرأتان ـ لا محل للتحدى بذلك فى دعوى التطليق للغيبة او عدم الانفاق اذ لايقر الأحنـاف التطليق لأى من هذين السببين .

النص بمخالفة الحكم المطعون فيه القانون والخطأ فى تطبيقـه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد واحد مع انها دعوى تطليق لعدم الانفاق تحكمها قواعد الشريعة الاسلامية . والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقا للمادة ٦ ق ١٩٥٥/٤٦٢ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية وان القول الوحيد فيه فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان وانه لا يوجد فى مذهب الأحنـاف من يقول بكفاية شـاهد واحد ، مردود ذلك انه لما كان التطليق للغيبة ولعدم الانفاق لا يقوم أصلا على رأى فى مذهب أبى حنيفة اذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين ، وانما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز فى القانون رقم ١٩٢٠/٢٥ التطليق لعدم الانفاق أو للغيبة فانه يكون من غير المقبول التحدى برأى الامام أبى حنيفة فى اثبـات أمر لا يجيزه ومن ثم يكون هذا النعى فى غير محله متعين الرفض .

٢٨/٢٠ ق (١٨/٢/٦٠) س ١١/١٨١

□■□

(المبدأ ١٧٩) : الشهادة فى النسب ، شروطها .

اشترط فقهاء الحنفية لقبول الشهادة فى النسب وفى غيره شروطا منها ان يكون الشاهد عدلا وان يتدارك ما وقع فى شهادته من خطأ قبل أن يبرح مجلس القـاضى فان هـو غادر المجلس ثم عاد اليـه وقال « أوهمت بعض

شـهادتى » ـ اى اخطـات بنسيان ما كان يحق على ذكره او بزيادة باطلة لا تقبل شهادته لتمكن تهمة استغوائه من المدعى او المدعى عليه .

نقض ٣٥/٣٤ ق (١٥/١١/٦٧) س ١٨/١٦٨٩

□■□

(المبدا ١٨٠) : الشهادة فى النسب والنكاح ـ جواز الشهادة بالتسامع فيهما شروط تحمل الشهادة .

الاصل فى الشهادة انه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشىء لم يعاينه بالعين او بالسماع ـ بنفسه ، واستثنى فقهاء الحنفية من هذا الأصل مواضع منها النسب والنكاح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحسانا الا أنهم اختلفوا فى شروط تحمل الشهادة بهما ، فعن أبى حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ؛ وعلى هذا اذا أخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان عدول لا تحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر ويقع فى قلبه صدق الخبر وعند الصاحبين اذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامراتان عدول يكفى وتحل له الشهادة والفتوى على قولهما ـ واشترطوا فى الاخبار ـ هنا وعن العدلين ـ أن يكون بلفظ « أشهد » وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة .

٣٣/١٣ ق (٢٧/٣/٦٧) س ١٩/٦١٥

□■□

(المبدا ١٨١) : الشهادة على الارث . ختمها بعبارة « الا وارث له سوى ما ذكر » أو « لا اعلم له وارثا غيره » ليس شرطا لصحة الشهادة . وجوبها عند بعض الفقهاء كشرط لتريث القاضى فى قضائه حالة عدم حضور الشاهد الارث بنفسه .

ما يشترطه بعض فقهاء الاسلام فى الشهادة على الارث من وجوب قول الشاهد « الا وارث له سوى ما تقدم » أو « لا اعلم له وارثا غيره » ليس شرطا لصحة الشهادة ، وانما هو شرط لتلوم القاضى فى قضائه ـ اى تريثه وانتظاره ـ عسى أن يظهر للميت وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه . متى لم يحصر الشهود الارث فيمن شهدوا لهم به ، ومدة التلوم غير محدودة ،

ومفوضة الى راى القاضى ان شاء تريث وان شاء حكم ، دون رقابة عليه فى قضائه فى هذا الشأن .

نقض ٤٦/٢٧ ق س ٢٩ ص ١٣٨٤

□■□

(المبدأ ١٨٢) : الشهادة بالارث ــ مناطها ــ اثبات الجد الجامع كاف لاستحقاق الارث من قرابة العمومة ــ لا حاجة لاثبات الجدة الجامعة .

مناط الشهادة بالارث عند الحنفية ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ هو وجوب ان يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت ، بحيث يذكر نسب الميت والوارث حتى يلتقيا على اصل واحد، والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره ، ويبين للقاضى انه وارث حقيقة لتعرف نصيبه الميراثى ــ لما كان ذلك وكان قوام دعوى المطعون عليهم استحقاق الارث من المتوفى على سند من العصوبة النسبية التى ترجع أساسا الى أنهم أولاد عم له ، وكان النزاع فى الدعوى قد انحصر فى الطاعنة والمطعون عليهم دون أحد آخر يدعى انه ابن عم شقيق للمورث ، وكان لا مدخل للنساء بعامة ، وللجدة الجامعة بخاصة ــ فى قرابة العمومة ، لأن تلك القرابة مستغنية باثبات الجد الجامع عن الجدة الجامعة .

نقض ٤٤/٢٩ ق (٧٦/٦/٢) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٨٣) : الشهادة على الارث ــ شروطها ــ بيان الأسباب المورثة للميت .

فقه الحنفية على أنه لقبول الشهادة على الارث لا بد من ذكر سببه وطريقه ــ فاذا شهدوا أنه اخوه أو عمه أو ابن عمه لا تقبل حتى يبينوا طريق الأخوة والعمومة بأن يبينوا الأسباب المورثة للميت ، وينسبوا الميت والوارث حتى يلتقيا الى اب واحد ، فالمعتبر التعريف .

نقض ٣٣/١٢ ق (٦٧/١/٤١) ش ١٥/١٨

□■□

(المبدأ ١٨٤) : شاهد الحسبة اذا اخر الشهادة من غير عذر ترد شهادته لفسقه بالتاخير ولتهمته وليس لهذا التاخير زمن محدد ، بل المدار فيه على ان يتمكن الشاهد من اداء الشهادة عند القاضي ولم يفعل .

ومن حيث أن النص الشرعي يقضي بأن شاهد الحسبة اذا اخر الشهادة من غير عذر ترد شهادته لفسقه بالتأخير وليس لهذا التاخير زمن محدود بل المدار فيه على أن يتمكن الشاهد من أداء الشهادة عند القاضي ولم يفعل كما نص على ذلك في كتاب الوقف والشهادة من الدر المختار ورد المحتار والتكملة وفي الجزء السادس من الفتاوى الهندية .

٢٦/١٧٩٥ جرجا (٣٢/١/١٢) م ش ٤١٧/٣

□■□

(المبدأ ١٨٥) : شهادة النساء على النكاح .

تقبل شهادة النساء على النكاح ويجمع بين المراتين في مجلس واحد .

٣٢/١١١ فارسكور (٣٣/١٠/٣١) ت س م ش ٧٦٥/٦

□■□

(المبدأ ١٨٦) : اثبات الولادة بشهادة الرجال هو مذهب الامام ابى حنيفة .

اثبات الولادة بشهادة الرجال هو مذهب امام ابى حنيفة ــ وبما ان السنة مضت أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن ، ذكر في فتح القدير والعناية في ص ٣٠٧ من الجزء الثالث ان اطلاع الرجال غير لازم بل اذا دخلت المراة بيتا بين الشهود وهم يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى ذلك لجواز أداء الشهادة . ومعنى ذلك انه توجد حالة يصح أن تقبل فيها شهادة الرجال بدون وقوعهم في الاثم وهو النظر الى ما لا يجوز نظرهم اليه .

لا تثبت الولادة الا بحجة تامة عند الامام او بشهادة المراة الحرة المسلمة العدل عند الصاحبين .

٣٤/٤٧٧ كرموز (٣٦/١/٣٠) ت س م ش ٨٦٤/٧

□■□

(المبدأ ١٨٧) : محل شهادة القابلة لثبوت النسب اذا انكر الاب .

نص الفقهاء على أن محل شهادة القابلة لثبوت النسب اذا انكر الأب

ولادتها اما اذا صدقها الزوج ثبت نسب الولد منها اذ هو يثبت بتصادقهما لعدم تعديه الى الغير .

١٤/٤٨ العليا الشرعية (٥٠/٥/٢٧) م ش ٢٠٥/٢٤

□■□

(المبدأ ١٨٨) : يشترط الأمانة والعدالة فى القابلة .

اتفقت كلمة الفقهاء على اشتراط الأمانة والعدالة فى

٣٤/٤٧٧ كرموز (٣٦/١/٣٠) ت س م ش ٨٦٤/٧

□■□

(المبدأ ١٨٩) : المحكمة غير ملزمة بالتصريح فى أسبابها بعدالة الشاهدين .

لما كانت محكمة الاستئناف قد اكتفت بذكر اسمى شاهدى المطعون عليها ومضمون اقوالهما التى اوردها الحكم الابتدائى ، فانها غير ملزمة بالتصريح بعدالة هذين الشاهدين اكتفاء بدلالة الأخذ بشهادتهما .

نقض ٢٤/٣٩ ق (٧٣/٥/٢٣) س ٢٤ ص ٨١٧

□■□

(المبدأ ١٩٠) : لا مانع شرعا من اعتبار المأذون شاهدا ينعقد النكاح بحضرته .

مما لا شك فيه أن المأذون رجل عاقل بالغ مسلم فهو من أهل القبول بولاية نفسه واذنه فلا مانع شرعا من اعتباره شاهدا ينعقد النكاح بحضرته ولا يقدح فى وجوب اعتباره كذلك عدم معرفته لشخص المتعاقدين على فرض التسليم به ، فقد جاء فى كتاب البحر ص ٨٨ جزء ٣ ما نصه (ولا بد من تمييز المنكوحة عند الشاهدين لتنتفى الجهالة فان كانت حاضرة متنقبة كفى الاشارة اليها ، والاحتياط كشف وجهها ، فان لم يروا شخصها وسمعوا كلامها من البيت ان كانت فيه وحدها جاز النكاح لزوال الجهالة ـ وان كان معها احد لا يجوز لعدم زوالها وان كانت غائبة ولم يسمعوا كلامها بأن عقد عليها وكيلها فان كان الشهود يعرفونها كفى ذكر اسمها اذا علموا أنه أرادها، وان لم يعرفوها لا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها .

٤٦/٢٨٤ بورسعيد (٤٧/٣/١٢) م ش ٢٨٩/١٨

□■□

(المبدأ ١٩١) : ليس بلازم للحكم بشهادة الشهود ان تكون الهيئة الحاكمة فى الدعوى قد سمعتها .

الحكم الشرعى هو ما نص عليه فى الأنقروية والدر وكتاب القضاء وهو انه يجوز للقاضى ان يحكم بالشهادة التى سمعها النائب كما يجوز للنائب أن يحكم بالشهادة التى سمعها القاضى فهذا صريح فى انه يجوز للقاضى ان يقضى بشهادة سمعها قاض آخر . اما ما جاء فى الفتاوى الخانية من أنه لا يجوز للقاضى المأذون فى الاستخلاف ان يقضى بشهادة سمعها خليفه فذلك لأن الخليفة ليس قاضيا ويجوز له الحكم (هامش الأنقروية بكتاب القضاء نقلا عن الرابع من قضاء الخلاصة) .

٣١/٢٥ ك أسيوط (٣٢/١٠/٣١) م ش ١٩٧/٤

□■□

(المبدأ ١٩٢) : لا تستجمع الشهادة شرائطها الا فى مجلس القضاء .

القاضى يجب عليه أن يحكم فيما يعتمد على الشهادة بعد الشهادة عند استجماع شرائطها ولا تستجمع الشرائط الا اذا كانت فى مجلسه اذ بذلك تكون مظهرة للحق الذى امر أن يقضى به (بدائع ص ٢٨٢ جزء ٦) .

٣٣/٧٥ العليا الشرعية (٢٥/٥/٢٨) م ش ٦٦٠/٥

□■□

(المبدأ ١٩٣) : اذا تغيرت الهيئة وكلف المدعى الاثبات فاستند الى شهادة البينة التى سمعتها الهيئة السابقة جاز الأخذ بها فقها وقانونا ما دامت حجتها قائمة بدون حاجة الى اعادتها امام الهيئة الجديدة .

ان الأخذ بشهادة الشهود الذين سمعت الهيئة السابقة شهادتهم يستدعى بحثا شرعيا وقانونيا نظرا للخلاف الحاصل فى ذلك ــ ولبيان انه لا يوجد مانع من اعتبار ذلك فى الشرع أو فى القانون . اما الشرع : فلما نقله الفقهاء من النصوص . فقد قال ابن الغرس فى كتابه الفواكه البدرية : لا يشترط فى الطريق الى الحكم ان تكون عند القاضى الواحد حتى لو ادعى عند نائب القاضى واقام البينة ثم رفعت الحادثة الى مستنيبه صح وله ان يبنى على ما وقع عند نائبه ويقضى ، وكذا لو كان ابتداء الحادثة عند القاضى وانتهاؤها عند النائب فله ان يحكم ويكون ذلك معتبرا شرعا . وقد نص فى الدر وفى الفتاوى الأنقروية على انه يجوز للقاضى أن يحكم بالشهادة التى التى سمعها النائب كما يجوز للنائب أن يحكم بالشهادة التى سمعها القاضى ــ وذكر فى مجلة الأحكام العدلية فى المادة رقم ١٨٠٦ أن للنائب ان يحكم

بالبينة التى سمعها الحاكم وللحاكم ان يحكم بالبينة التى سمعها النائب ، فيرى من هذا ان الطريق الى الحكم قد تتعدد وتكون عند قاض فاكثر ، أما فى القانون (الغى النص) .

٣٢/٤٦٥ طلخا (٣٤/٢/١٢) م ش ٤٢٥/٦

□■□

(المبدأ ١٩٤) : تدارك الشاهد ما وقع فى شهادته من خطأ ـ شرطه .

يشترط فقهاء الحنفية لقبول تدارك الشاهد ما وقع فى شهادته من خطأ ان يتم ذلك قبل ان يبرح مجلس القاضى ، فان هو غادره ، ثم عاد اليه وقال « اوهمت بعض شهادتى » أى اخطأ بنسيان ما كان يحق عليه ذكره أو بزيادة باطله لا تقبل شهادته لتمكن تهمة استغوائه من المدعى أو المدعى عليه ، ومن ثم فلا على محكمة الموضوع اذا لم تستجب الى طلبه اعادة سماع اقوال شهادته استيفاءا لاوجه النقض فيها .

نقض ٤٨/٢٨ ق ٣١ ص٥٠١ ح ١

□■□

(المبدأ ١٩٥) : اختلاف الشاهدين فى اللفظ دون اختلافهما فى المعنى غير مانع من قبول شهادتهما .

المقرر فى قضاء النقض أن اختلاف الشاهدين فى اللفظ الذى لا يوجب اختلاف فى المعنى ليس بضائر ولا يحول دون قبول شهادتهما كبينة على الاضرار .

نقض طعن ٤٨/٤٧ ق س٣١ ص٧٥٢ ح١

□■□

(المبدأ ١٩٦) : تقدير اقوال الشهود .

تقدير اقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان عليها لأحد فى ذلك الا أن تخرج بتلك الأقوال الى غير ما يؤدى اليه مدلولها . فلها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا متى كان المعنى الذى اخذت به لا يتجافى مع عبارتها .

نقض ٤٦/٩٩٠ ق س ٣١ ص ٩٠٠

□■□

(المبدا ١٩٧) : تقـدير اقوال الشهود من سلطـة محكمة الموضوع ، شرطـه .

المقرر فى قضاء النقض انه وان كان تقـدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها فى ذلك الا ان ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها سائغا وألا تخرج بهذه الأقوال عن حدودها ولا الى ما لا يؤدى اليه مدلولها .

نقض ٤٧/٦٢٤ ق　　　　　　س ٣١ ص ١٢٤٤

□■□

(المبدا ١٩٨) : تقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض .

الفقـه يقضى بقبول شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم لورود السنة بذلك ولأن الذمى من أهل الولاية على نفسـه والاده الصغار فيكون اهلا للشهادة على جنسـه ـ لأن الذمى يتجنب ما يعتقـده محرما فى دينه والكذب محذور فى الأديان كلها .

٣٢/٤٠٢٤ الجمالية (٣٣/١٢/٢١) ت س　　　　م ش ٩/٢٥٢

□■□

(المبدا ١٩٩) : من كان القول قوله كان عليه اليمين .

القاعدة الفقهية التى تقضى بأن من كان القول قوله كان عليـه اليمين مقيدة بالقاعدة الفقهية الأخرى التى تقضى بان اليمين فى حقوق العباد هى حق الخصم فلا توجه الا بطلبه لأن القواعد الفقهية يقيد بعضها بعضا .

٤٨/١٣٨ ابو قرقاص (٤٨/٣/٧) ت س　　　　م ش ٢٠/٣٣٣

□■□

(المبدا ٢٠٠) : لا يحلف المدعى عليه عند عجز المدعى عن الاثبـات فى دعوى الطلاق على البراءة بلا طلب لأن النزاع بين الخصمين على البراءة وهو مال وليس من حقوق الله .

وبما أن موضوع النزاع وهو البراءة من مؤخر الصداق ونفقة العـدة ليس من حقوق الله تعالى التى يحلف فيها بلا طلب لأن الدعوى المرفوعة من الزوج والطلاق الذى هو حق الله واقع لا محـالة ولذلك لم توجه المحكمـة اليمين الى المدعى عليها بدون طلب .

٣٣/٧٩٣ بنى سويف (٣٤/٦/١٧) ت س　　　　م ش ٦/٧٩٠

□■□

(المبدأ ٢٠١) : يمين الاستظهار لا تلزم متى قامت القرينة على شغل ذمة المتوفى بدين نفقة زوجته الى وفاته .

حيث ان المستأنف ذكر انه كان يجب على المحكمة ان تحلف المدعية يمين الاستظهار - لا توافقه المحكمة عليه لأن النفقة وان كانت قد أصبحت بعد وفاة الزوج دينا فى تركته ، الا ان النزاع فى الزوجية وانكارها والاستمرار فى الخصومة فيها الى حين الوفاة وبعدها قرينة بينة على أن الزوجة لم تأخذ من النفقة شيئا فلا يكون هناك وجه للتحليف شرعا .

٣٢/٤٦٥ طلخا (٣٤/٢/١٢) ت س م ش ٦/٤٢٨

□■□

(المبدأ ٢٠٢) : لمحكمة الاستئناف استخلاص ما تطمئن اليه من اقوال الشهود .

للمحكمة الاستئنافية ان تستخلص من أقوال الشهود ما تطمئن اليه ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعتهم .

نقض ٣٨/٢٦ق (٧١/١١/١٧) س ٢٢ ص ٩١٧

□■□

(المبدأ ٢٠٣) : يقضى الفقه بلزوم يمين الاستظهار فى كل موضوع يدعى المدعى حقا فى التركة ويثبته بالبينة .

يقضى الفقه بلزوم يمين الاستظهار بالاجماع فى كل موضع يدعى المدعى حقا فى التركة ويثبته بالبينة لأن هذه اليمين حق للتركة لا للوارث حتى لو أبى الوارث تحليف الدائن لا يجاب الى طلبه اذ ربما يكون هناك غريم أو موصى له فلأجل الاحتياط يستظهر القاضى بهذه اليمين .

٣٣/١٩١٥ الجمالية (٣٤/٥/١٠) م ش ٨/٢٠٣

□■□

(المبدأ ٢٠٤) : اليمين الغموس لا يدخل فى الطلاق غير المنجز ولا ينطبق عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

حيث ان المادة ٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تشمل مثل هذا الحلف الذى اذا صح كان يمينا غموسا لأنها ذكرت أن الطلاق الذى لا يقع هو غير المنجز المقصود به العمل على فعل شىء أو تركه لا غير .

٢٩/٢٢٦ سرك طنطا (٣٠/٣/١٢) م ش ١/٩٠٥

□■□

(المبدا ٢٠٥) يقضى الفقه بان النيابة تجرى فى الاستحلاف لا فى الحلف .

يقضى الفقه بان النيابة تجرى فى الاستحلاف لا فى الحلف الا اذا كانت اليمين موجهة على عديم الأهلية فانها تكون موجهة على من يقوم عليه لأن اليمين له على من يظن به علم ذلك ـ ولا يمين على من لم يظن به علم ذلك كما نص على ذلك فى الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص١٧ ، ١١٧، ١١٩ نقلا عن معين الحكام .

١٩١٥/٣٣ الجمالية (١٠/٥/٣٤) م ش ٢٠٣/٨

□■□

(المبدا ٢٠٦) : لا يلزم الزوجة يمين الاستظهار عند طلبها مؤخر صداقها من الكفيل بمقتضى عقد الكفالة .

لا يلزم الزوجة يمين الاستظهار عند طلبها مؤخر الصداق من الكفيل بمقتضى الكفالة لأن اليمين حق للتركة وهى لم تطلب شيئا منها .

٢١٥/٣٥ س ك اسيوط (٢٣/٨/٣٦) م ش ٨٢٦/٧

□■□

(المبدا ٢٠٧) : ليس بلازم تحليف مدعى الدين على الميت متى كان الوارث مقرا بدينه والتركة ليست مستغرقة بالدين .

المنصوص عليه شرعا انه اذا ثبت الحق للمدعى على الميت باقرار الوارث او نكوله ولم تكن التركة مستغرقة بالدين لا يحلف المدعى لأن التركة ملك الوارث خصوصا عند عدم الدين على الميت وقد صادف اقراره ملكه فلا يرد والاقرار حجة منه على نفسه فلا يتوقف على شىء آخر بخلاف البينة فانها حجة قائمة من الغير فيحتاط فيها فان كانت مستغرقة بالدين واقر الوارث حلفه القاضى مع هذا الاقرار لعدم صحة اقرار الوارث فى التركة مع استغراقها بالدين فان اقام المدعى بينة حلفه القاضى بطلب الغرماء وبغير طلبهم (تكملة ابن عابدين ص ٣٠٨ ج ١) .

١٧٩/٣٢ س م الزقازيق (٢٨/٥/٣٣) م ش ١٤٣/٥

□■□

(المبدا ٢٠٨) : اليمين اذا وجهت على المدعى عليه وحلفها انقطعت الخصومة مؤقتا الى حين احضار البينة .

نص الفقهاء على أن اليمين اذا وجهت على المدعى عليه وحلفها انقطعت

الخصومة مؤقتا إلى حين احضار البينة ، وذكر فى تكملة ابن عابدين الجزء الأول ان هذا قول عامة العلماء وانه هو الصحيح . فللمدعى أن يخاصم المدعى عليه ثانيا اذا احضر بينة وتقبل هذه البينة ، والفقهاء وان اختلفوا فى هـذا فقد اتفقوا على أنه اذا لم يحلف المدعى خصمه وترك دعواه كان له أن يخاصمه ثانيا وتقبل بينته ، ونصهم على أن الدافع يمهل الى المجلس الثانى لاثبات دفعه لا يخرج الدفع عن أن يكون دعوى له حكمها اذا فصل فيه وجاء الدافع ببينته فانها تقبل .

٢٣/٢٥٧ بنى سويف (٣٤/٢/١٤) م ش ٥٩٣/٥

□■□

(المبدا ٢٠٩) : الواجب عدم توجه اليمين على وصى القاصر .

ومن حيث أن المقرر شرعا أن الأب أو القيم فيما يدعى عليهما او على الصبى خصم فى حق سماع البينــة فقط لا فى حق اليمين لأن اقرارهم على الصبى والوقف غير صحيح . جامع الفصولين ص ١٤٦ ج ١ ، فالواجب عدم توجه اليمين على وصى القصر وانمـا له أن ينتظر حتى يبلغ القصر ويحلفهم على عدم العلم .

٢٩/٤١٠ شبراخيت (٢٩/١٢/١٩) ت س م ش ٩٣٦/٢

□■□

(المبدا ٢١٠) : لا يصح الحكم بالنكول لعدم الحضور لحلف اليمين اذا كان الاعلان بحضور الخصم لم يشمل على الوقائع المطلوب التحليف عليها .

بما أن الحكم المستأنف بنى على اعتبار أن المستأنفة ناكلة بعد أن أعلنت بالحضور لحلف اليمين وبالرجوع الى اعلان الحلف يتضح أنه لم يذكر فيـه الوقائع المقرر استحلافها عليها بل ذكر فيه أن المحكمة قررت حضورها لحلف اليمين على الوقائع التى عجز المدعى عن اثباتها من الدعوى بدون بيان لهـذه الوقائع واللازم بيانها فى الاعلان حتى يعتبر التخلف بعـده نكولا عن الحلف عليها ــ فبناء على ذلك يلزم الغاء الحكم المستأنف .

٣١/٣٠٩ س ك مصر (٣٢/٢/٣) م ش ٨٦٠/٣

□■□

(المبدا ٢١١) : لا وجه لطلب استحلاف وكيل الغائب اليمين لأن موت الغائب لا يثبت باقرار الوكيل عنه .

لا وجه لطلب استحلاف المدعى عليه (وكيل الغائب) اليمين لأن موت

المفقود لا يثبت باقرار الوكيل عنه بل لا بد من صدور حكم القاضى به وما لم يصدر هذا الحكم لا يعتبر ميتا مهما طالت غيبته .

٢٩/٢٣٨ك مصر (٣١/١/٣١) م ش ٨٠٥/٢

□■□

(المبدا ٢١٢) : اعتذار المسيحى عن الحضور لحلف اليمين باحكام دينه غير مقبول .

اعتذار المسيحى عن الحضور لحلف اليمين الموجهة اليه بأحكام دينه غير مقبول لأنه للتورع الذى لا يترتب عليه أى تحريم ، ولا يعتبر الكيد فى طلب التحليف ، انما يعتبر فى الدعاوى .

٣٠/٢٣٠ ك مصر (٣٠/٤/٢٢) ت س م ش ١٥٨/٥

□■□

(المبدا ٢١٣) : انكار الحق الموجب لعدم سماع الدعوى ـ جواز نفيه بكافة طرق الاثبات .

ان انكار الحق الموجب لعدم سماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الاثبات .

نقض ٣٦/٢٥ق (٦٨/٥/١) س ١٩ ص ٨٩٨

□■□

(المبدا ٢١٤) : جواز الاثبات بالقرائن .

يجوز الاثبات بالقرائن فى الفقه الحنفى ـ ومن القرائن ما هو اقوى من البينة والاقرار .

نقض ٥٤/٤٧ ق ح (١٩٨٢/٥/١٨) لم ينشر بعد

□■□

(المبدا ٢١٥) جواز الاثبات بالقرائن فى الفقه الحنفى . من القرائن ما هو اقوى من البينة والاقرار القرينة القاطعة ماهيتها .

المقرر فى قضاء النقض أن من القرائن ما نص عليه الشارع او استنبطه الفقهاء باجتهادهم ، ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهده ، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة ، اعتبار بأن القضاء « فهم » ومن القرائن القاطعة ما لا يسوغ تعطيل شهادته ، اذ منها ما هو اقوى من البينة والاقرار ، وهما خبران يتطرق اليهما الكذب والصدق ،

الا انه لما كانت القرينة القاطعة هى ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، وهى امارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكا أو احتمالا ، وهى بهذه المثابة تغنى عن المشاهدة.

نقض ٤٦/١٢ ق س ٢٩ ص ١٢١٨

□■□

(المبدا ٢١٦) القرينة البسيطة ـ لا يمنع القانون نقضها بدليل عكسى . اقرار من شرعت له بمخالفتها ـ أثره اعفاء الخصم من اثبات عكسها .

النص فى المادة ٩٩ من قانون الاثبات على أن « القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى . ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك به مفاده ان القرينة القانونية التى لا يمنع القانون نقضها بدليل عكسى هى قرينة بسيطة فلا تعدو أن تكون مجرد اعفاء لمن تقررت لمصلحته من اثبات ما تشهد به هذه القرينة . فان هو أقر بما يخالفها يكون قد أسقطها وأعفى بذلك خصمه من اثبات عكسها .

نقض ٤٦/٨٠٦ ق ج (١٩٨٤/١/١٢)

□■□

(المبدا ٢١٧) : القرائن واثبات الحمل .

القرائن ان صلحت لاثبات الحمل الا أنها لا تقوم بها الحجة الشرعية على الولادة .

نقض ٥١/٥٠ ق ح (١٩٨٤/١١/٢٣)

□■□

(المبدا ٢١٨) : من القرائن ما نص عليه الشارع او استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى .

من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهده وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة ، وبالرجوع الى اللائحة الشرعية قبل الغاء ما ألغى من نصوصها بالقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ يبين أنها كانت تنص فى المادة ١٢٣ منها على أن « الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من اقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة » والواقع فى ذلك أن القضاء « فهم » ومن

القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته اذ منها ما هو اقوى من البينة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الصدق والكذب .

نقض ٤٣/٢٣ ق (٦٦/٣/٢٣)　　　　س ١٧ ص ٦٦٩

□■□

(المبدأ ٢١٩) : اذا عاد المحكوم عليه بالنكول الى الحلف لا يلتفت اليه والقضاء ماض على حاله لان الحكم بنكوله بمنزلة الحكم عليه باقراره ــ وهو اذا عاد الى الانكار بعد الاقرار لا يلتفت اليه ، ولكن اذا اراد اقامة البينة من جانبه ليبطل القضاء سمعت بينته على الصحيح لأن الدفع يصح قبوله قبل البينة او بعدها وقبل القضاء او بعده على الأصح .

نص الفقهاء على أن المحكوم عليه بالنكول اذا أراد ان يحلف بعد القضاء عليه به لا يلتفت اليه والقضاء ماض على حاله لأن الناكل أبطل حقه بالنكول فلا ينقضى القضاء بعوده للحلف ، ولأن الحكم عليه بنكوله بمنزلة الحكم عليه باقراره والقاضى اذا سمع اقرار المدعى عليه بالحق لا يلتفت بعد ذلك الى انكاره ، فكذا اذا حكم عليه بنكوله ــ أما اذا اراد ان يحلف قبل القضاء فانه يجاب الى ذلك لأن النكول لا يغير شيئا الا اذا اتصل به القضاء هذا اذا أراد الحلف أما اذا أراد اقامة البينة لينقض قضاء القاضى فقد ذكر فى البحر أن له ذلك نقلا عن الخانية ونص عبارته « أن القضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من اقامة البينة بما يبطله ، ولكن فى حواشيه ان الدعوى لا تسمع بعد القضاء بالنكول ونقل ذلك عن الخانية أيضا . وعن الحموى فى حاشيته على الأشباه أنها تسمع وذكر فروعا كثيرة على ذلك ، وهذا الصحيح المتمشى مع القواعد الفقهية العامة المذكورة فى الكتب المعتبرة ــ وفى أن الدفع يصح قبل اقامة البينة وبعدها بل قبل القضاء وبعده وأن دفع الدفع ودفعه وان كثر يصح على المختار للفتوى . واذا أراد المحكوم له بنكول خصمه اقامة البينة على حقه ليتعدى الى غير المحكوم عليه جاز كما انها تقبل مع الاقرار فى مواضع كثيرة على المذهب (تنقيح الحامدية ــ البحر) فى جميع ما تقدم . وفى البحر أيضا خلاف فى مسألة عرض اليمين مرة أو تكرار العرض . ففى رواية لا بد من تكرار عرض اليمين على الخصم ثلاث مرات ولا يصح الحكم بالنكول الا بعد استمهاله مدة وبعد نكوله ثلاث مرات ونقل ذلك عن الخانية ــ والصحيح ان القاضى لو عرض اليمين مرة واحدة على الخصم فنكل مرة واحدة فقضى عليه بالنكول جاز ونفذ قضاؤه وانه لا فائدة مع التكرار وهو المذهب .

٣٤/١١٣ اجا (٣٥/٥/٢)　　　　م ش ٦٦٣/١٠

□■□

(المبدا ٢٢٠) : اذا حلف الصبى ثم ادرك فلا يمين له .

المدعى عليه قد اذن بالخصومة وحلف على وصله الى المدعية فيمينه جائزة ويقضى عليه بالنكول ايضا ، كما نص على ذلك الجزء الأول — التكملة لابن عابدين ص ٢٨٧ . وقد جاء فى الوجه ٨٨ منها نقلا عن الامام محمد أن الصبى اذا حلف ثم أدرك فلا يمين عليه كالنصرانى اذا حلف ثم أسلم فلا يمين عليه وانه اذا ادعى على الصبى بشىء فانكره يحلف وعليه الفتوى .

٢/٩٨ العياط (٦/١/٣٠) م ش ١/٥٢٠

□■□

(المبدا ٢٢١) : على المحتكر اثبات الحالة القديمة للأرض المحكرة ان ادعى انها لم تكن وقت تحكيرها ارض فضاء .

المحتكر هو المكلف باثبات الحالة القديمة للأرض المحكرة ان ادعى انها لم تكن وقت تحكيرها أرضا فضاء — كما اعتبرتها المحكمة عند تصقيع الحكر بل كانت بركة وأصلحها على نفقته ، اذ هذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر ، واذ لم يدع المحتكر هذه الدعوى امام محكمة الموضوع فانه لا يجوز له أن يتحدى بهذا الدفاع لأول مرة امام محكمة النقض لما يخالطه من واقع .

نقض ٢٩/٣٨٢ ق (١٦/٤/٦٤) س ١٥ ص ٥٥٨

□■□

(المبدا ٢٢٢) عدول المحكمة عما امرت به من اجراءات الاثبات . كفاية بيان اسباب ذلك بمحضر الجلسة . بيانه باسباب الحكم اكثر تحقيقا لمراد الشارع .

النص فى المادة ٩ من قانون الاثبات على أن « للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الاثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز الا تأخذ بنتيجة الاجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها » يدل على أن المشرع انما قصد من الاكتفاء ببيان أسباب العدول بمحضر الجلسة ، خلافا لما اوجبه فى حالة عدم الاخذ بنتيجة الاجراء من بيان أسباب ذلك فى الحكم — الى مراعاة التيسير — مما مؤداه ان ابداء سبب العدول عن الاجراء باسباب الحكم يكون اكثر تحقيقا لمراد المشرع .

نقض ٤٥/٧٦٢ ق (٧/٤/٧٩) س ٣٠ ص ٤٩

□■□

(المبدأ ٢٢٣) : جواز اثبات الوقف فى الشريعة الاسلامية بكافة الأدلة المقبولة شكلا ـ فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يمتنع سماع الدعوى عند الانكار ما لم يوجد اشـــهاد بالوقف ممن يملكه محرر على يد حاكم شرعى او ماذون من قبله وبشرط قيده بدفاتر احدى المحاكم الشرعية .

لا تشترط الشريعة الاسلامية التوثيق لانشاء الوقف ولا تمنع ســـماع الدعوى اذا لم يكن مكتوبا ، ولذلك فقد كان من الجائز اثبــات الوقف بكافة الأدلة المقبولة شرعا حتى صدرت لائحة المحاكم الشرعية التى منعت ســـماع دعوى لوقف عند الانكار ما لم يوجد اشــهاد بالوقف ممن يملكه محرر على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله وبشرط أن يكون مقيــدا بدفاتر احدى المحاكم الشرعيــة ، ومن ثم فاثبات الوقف بغير اشهاد عليــه لا يكون مقبولا عند الانكار ما لم يتبين انه موجود من قبل العمل بلائحة المحاكم الشرعية . واذ كان الحكم المطعون فيه قد أجاز اثبات الوقف رغم الانكار بغير طريق الاشــهاد الشرعى استنادا الى انه أنشىء فى تاريخ ســـابق على العمل باللائحة المذكورة وكان الحكم قد خلا من بيان ما يدل على أن الوقف قد أنشىء فى وقت سابق على العمل بهذه اللائحة ولم يفصح عن المصدر الذى استقى منه هذه الواقعة فانه يكون معيبا بالقصور بما يستوجب نقضه .

نقض ٢٨/٣٤ ق (٦٣/٣/٢٨) س ٤٠٩/١٤

□■□

اجر تعليم

(المبدأ ١) : نفقة التعليم واساسها :

اصل النفقة التى نص الفقهاء على وجوبها للفقير من الأقارب على من تجب نفقته عليه انما هو الطعـام والكسوة والسكنى وكذا نفقـة الخادم ان احتاج الى خادم وقد زادت المحاكم الشرعية فى هذا العهد الأخير نوعا جديدا من أنواع النفقة فحكمت بوجوب أجر التعليم ايضا والأساس الذى بنى عليه هذا الوجوب هو أن الأب واجب عليه ان يعد أولاده الصغار منذ نشأتهم بتعلم ما يجب تعلمه شرعا فعملا بقـاعدة «ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب يكون دفع أجر التعليم واجبا ـ ما دام لا يمكن التعليم بدون اجر .

٤٢/٢٣٦٦ ك س مصر (٤٣/٤/٣)　　　　م ش ٢٤٦/٨١

□■□

(المبدأ ٢) : التعليم الجـامعى نوع من الترف العلمى لكنـه يعتبر من مقومات الحياة للطبقات الموسرة التى تحسن الأعمال العادية وهو فيها حق للأبناء على الآباء .

مصاريف التعليم الجامعى ليست من نفقـات الأقارب التى تسقط قبل فرضهـا واستـدانتها بل هى أجـر ما تقوم به الجامعـة على الآباء لرعاية ابنـائهم .

النفقـة عرفا وشرعا طعـام وكسوة ومسكن وليس منهـا المصروفات المدرسية انما هى حسب وضعهـا الطبيعى « أجر تعليم » والتعليم فى حالة وجوبه أراه نوعا من حضانة من كبروا وعرض لهم من الأسباب ما يستوجبها أو هو من رعاية الآباء الواجبة لأبنائهم المحتاجين اليها ويدفع هذا التوجيـه عدم وجود عقد مع المدعى عليه على ذلك لأنه جاء فى اجازة الفتاوى الهنـدية جزء ٤ ص ٣٤٢ أن عقد الاجارة ينعقـد بنفسه ابتداء ويمتد بعـد انتهائه فى حالة الاعذار من نحو الخوف على النفس أو المال كما اذا استأجر سفينة لمدة شهر ثم انتهت المدة والسفينة فى وسط البحر بما تحمله من تجارة المستأجر فان اجارة جديدة تنعقد بين الطرفين بنفسها حتى تبلغ التجارة مأمنها وكما اذا استأجر دابة الى جهة معينـة ثم مات المالك فى وسط الطريق وفى جوف الصحراء فان الاجارة رغم انتهائها بموته تبقى والأجر المتفق عليه مع مالكها الأول الى نهـاية الطريق وفقط يرفع المسـتأجر الأمر الى القـاضى ان كان

ليؤجرها اليه بالنيابة عن ورثة المالك وعند وصوله يرفع الأمر الى قاضى ذلك المكان فاذا راى المصلحة فى ابقائها فى يده حتى يعود بها الى الورثة اجرها له والا اجرها لغيره أو باعهـا حسب ما يراه من المصلحة . وقد عرف الفقـه الاسلامى حوادث كثيرة انعقدت فيهـا الاجارة ووجب الأجر بدون صيغـة كالمحضر الذى يجىء بالخصم المتمرد الى دار القضاء وكداخل الحمام العـام وراكب السـفينـة والقطار والمتـداوى فى عيـادة طبيب لأن العرف جرى به والمصلحة تقتضيه ... ومن راينـا الا داعى لتصوير العقود التى تجرى فى حالة الأعذار وان كان لا بد من ذلك فالعقد هنا قد تم بين المدعى بالنيابة عن أبيه وبين الهيئة التى تعلمه ولأن حقوق مثل هـذا ترجع الى من باشره فهو يطلب بالأجر وان اداه رجع به على من تم العقد له واداؤه يسقط بالنسـبة لغير من تم العقد له أما هو فيلزمه . فقول المدعى عليه لا يدفع الدعوى (وهو انه بسداد المصروفات المدرسية تسقط عن المدعى عليه لاندفاع حاجة المدعى) على فرض صحته .

وحيث أن من واجبـات الأب ان يراعى ولده المحتـاج بما يستطيع من وسائل الرعاية واذا كانت الثقافة الجامعية نوعا من ترف التعليم فهى للقادر عليهـا وللأوسـاط العـالية التى لا تحسن الأعمـال العـادية من ضرورات حيـاتهم .

٤٢/٢٤٨٤ جيزة (٤٤/١/٨) ت س   م ش ٤٩/٤/١٦

□■□

(المبدا ٣) : زوال صفة طلب العلم عن الولد الكبير المحكوم له بالنفقـة والمصاريف المدرسية .

حيث ان المنصوص عليه شرعا أن الولد الكبير يستحق النفقة على والده اذا كان عاجزا عن الكسب حقيقة كمن به عاهة تمنعه من الكسب ونحوه أو حكما كأن يكون طالب علم او من ابناء الكرام لا يستأجره الناس . واضافت المحكمة أن الحـاق ابناء الكرام بالعـاجزين عن التكسب حكمـا محمولا على العرف والزمن كله جد وكفاح ومن الشرف المساهمة فيه بما يستطيعه المرء من مواهب وقدرة .

٣٧/١٠٢١ كفر صقر (٣٩/١/٤) ت س   م ش ٧٨/٦/١١

□■□

(مبدا ٤) : مصاريف تعليم الطيران والمصاريف المدرسية التى تجب شرعا للكبير الفقير العاجز عن الكسب ولو بسبب تلقى العلم تجب على من تجب عليه نفقته .

بما ان نفقة الولد الكبير العاجز عن الكسب ولو بسبب تلقى العلم واجبة شرعا على والده وكذا مصاريف مدرسته . وبما انه ثبت من افادة شركة الطيران ان ما سيحكم به هو اقل مبلغ لنوال الشهادة المطلوبة للمدعى عادة كما ثبت من اعتراف المدعى عليه بالمحضر والشهادة أن ثروة المدعى عليه **فيها ما يفى بالمبلغ المطلوب للمدعى وزيادة . ولهذا يجب الحكم للمدعى** بما طلب .

١٣٢٨/٣٤ ملوى (٣٧/٧/٢٤) م ش ٨٥٤/٧

□■□

(المبدأ ٥) : وصول الطالب الى مرحلة من مراحل التعليم دون نهايته العليا لا يمنع من وجوب النفقة له متى كان مستمرا فى التعليم وناجحا فيه وكانت حالة من عليه النفقة تسمح بالانفاق ولو كان يمكنه المعيشة بالقدر الذى تعلمه ــ العلوم الشرعية هى العلوم المشروعة غير المحرمة فتشمل كل ما ينفع الانسان فى معاشه ومعاده .

المنصوص عليه شرعا أن طالب العلم يعتبر عاجزا عن الكسب وتجب نفقته على من تجب عليه شرعا متى كان ذا رشد . ويتعلم العلوم الشرعية ــ والمراد بالعلوم الشرعية المشروعة التى لم يكن محظورا تعليمها ــ فيدخل فى ذلك العلوم التى يباح تعليمها من حرفة وصناعة وفنون سواء أكانت دينية بالمعنى الاخص ام تكوينية على اختلاف أنواعها أم علوما متعلقة بخواص **الأبدان أو غيرها من التشريح والطب والتحليل وغيرها وهذه كلها تدخل فى** فروض الكفايات كالاستقصاء فى علوم الفقه تماما فانه فرض كفاية مثلها ومتى قطع المتعلم نفسه لطلب العلم النافع وكان ذا رشد فيه راقيا فى درجاته وجبت له النفقة شرعا .

١٣٦/٣٢ كرموز (٣٢/١١/٢٠) ت س م ش ٤٦٢/٤

□■□

(المبدأ ٦) : اذا كان طالب النفقة غير رشيد فلا يؤثر ذلك فى استحقاقه اياها والحكم بها على من وجبت عليه اذ هى مقررة للحاجة .

النص الفقهى يقضى بأن نفقة طالب العلم الفقير العاجز عن الكسب كبيرا كان او صغيرا تجب على أبيه بقدر الكفاية الحاقا له بالعجز كما نص على ذلك

فى الجزء الثالث من الزيلعى صفحة ٦٤ والجزء الرابع من البحر صفحة ٢١٠ وفى الجزء الرابع من البدائع ص ٢٨ غير ان فريقا من العلماء قد اطلق العلوم التى يستحق المشتغل بها النفقة وقيدها غيره بالعلوم الشرعية بمعنى المشروعة وهى التى طالب الشرع بتعليمها ولم يحرمها سواء أكان ذلك الطلب فرضا عينيا ام كفائيا ام مندوبا متعلقا بالدنيا ام بالآخرة مقصودا لذاته ام كان وسيلة الى غيره كما يؤخذ ذلك من الجزء الثانى من كتاب الموافقات للشاطبى ص٤٦ ومن الجزء الأول من الأشباه والنظائر ص ٣ فحينئذ يكون المراد بالعلم الشرعى هو العلم المشروع الذى ليس بحرام ولا مكروه كما يدل لذلك قولهم العلم الشرعى لا الخرافات الاسرائيلية وضلالات الفلاسفة فان هذا من قسم المحرم والمدعى طالب علم يتعلم نوعا من العلوم المشروعة غير المحرمة التى يحصل بها الثقافة والتهذيب وهى مشروعة بمقتضى قانون الدولة ومتى كان كذلك فلا مانع من استحقاق الأجر على تعلمها كما افتى بذلك متأخروا الفقهاء فقد استحسنوا جواز الاستئجار على الطاعات للتكاسل عن امر التعليم وعدم وجود من يعلم حسبة ابتغاء مرضاة الله كما نص على ذلك فى الهداية وقد نقل الشهاب الشلبى فى الجزء الخامس من حاشيته على الزيلعى ص١٢٤ على التحفة أن العمل به متعين اذ قد جاء فيها ان الاستئجار على تعلم الشعر او الأدب او الحرفة جائز متى بين المده وتجب الأجرة وكذا سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب . على هذا فقد بان من هذا ان الذى عليه العمل فى المذهب هو جواز الأجر على التعلم مطلقا متى كان مشروعا بالمعنى السابق.

٢٩/٣٨ العياط (٢٩/١٢/٢٤) ت س — م ش ٨١٣/١

□■□

(المبدا ٧) : ان ضرورة يد المراة على الصغير قضت باعطائها ولاية المطالبة باجر تعليمه فى حالة تقصير بعض الآباء ولكن هذه الضرورة يجب ان تقدر بقدرها .

قضى الشارع الحكيم بحكمته أن يكون الصغير فى حجر الحاضنة من النساء ما بقى فى حاجة الى خدمة النساء ذكرا كان او انثى . فاذا استغنى عن خدمة النساء وجب ضمه الى أبيه أو الى العصبة من الرجال وليس هذا من حق والد الصغير او عاصبه فقط بل من حق الصغير حتى لقد نص الفقهاء صراحة على أن والده يجبر على اخذه وضمه اليه متى استغنى عن خدمة النساء ونظن بل نعتقد ــ ان هذين الحكمين كافيين كما ذكر فى تحديد وظيفة المراة بالنسبة للصغير ووظيفة الرجال بالنسبة له أو تحديد بقاء الولد عند المراة بحاجته الى خدمتها وعدم استغنائه بنفسه معناه ان وظيفتها جسمانية محضة قضى بها ضعف الصغير وحاجته الى المراة التى هى اصبر على تنظيف

جسمانه وما يماثل ذلك من الرجال فاذا انتهت هـذه الحاجة واكل الصغير وشرب وحده . اتجد انتقل الى طور يحتاج فيه الى اعداده للحياة ذكرا او انثى ويحتاج فيه الى التربية التى أساسها التعليم ووجب ضمه الى أبيه أو الى عصبته من الرجال لانه على ذلك اقدر واليه اهدى من المراة ، واذا كان هذا واضحا فهو يقتضى بالا يكون للحاضنة شأن مطلقا بما هو خارج عن اختصاصها الذى ينحصر فى تربيـة الصغير جسمانيا فحسب حتى يستغنى من هـذه الخدمة غير أن يدها على هذا الصغير وولايتها فى الانفاق وما قد يقع من بعض الآباء او العصبة من اهمـال الشروع فى تعليم الصغار وهى فى يد الحاضـنة - كل ذلك قضى بأن يكون للحـاضنة حق المخاصمة فى المطالبـة بأجر تعليم الصغـار وهم فى يدها محافظة على مصلحة الصغير نفسـه فالأمر اذن امر مطالبة بما قد يحتاجه الصغير من أجر تعليم حتى اذا ضم بعد استغنائه عن خدمة النساء الى أبيه كان مكلفـا بإكمال تربيته التى هى من اختصاصه هو دون الحاضنة . واذن فمتى استعد والد الصغير لتعليمه وهو فى يد الحاضنة وطلب أن يشرف هو ويباشر تثقيفه فهو انما يطلب حقا له شرعيا وأمرا جعله الشارع من اختصاصه هو دون سواه بالنسبة للصغير . بدليل ما ذكر آنفا ان هو الذى ... بكمال هذه التربية فمن حقه أن يضع أساسها وليس للحاضنة أن تحول بينه وبين هـذا الحق لأنها اذ ذاك تتعرض لمـا هو خارج عن حدود اختصاصها ولأن كل ما اعطى لها من حق المخاصمة فى تعليم الصغير أمر قضت به ضرورة يدها عليـه وهـذه الضرورة يجب أن تقـدر بقـدرها فلا تتعدى استلام أجر تعليمه لدفعها حيث يتعلم الصغير اما اختيـار نوع تعليمه وجهـة تثقيفه وهو ما سيكمله والده بعـد استلامه فلا شأن لهـا به ولا تقضى به ضرورة اليد متى استعد والد الصغير لمباشرة الاشراف عليـه اذ هو من اختصاصه شرعا دون سواه .

٢٦٦١ / ٣٦ ترمور ١٩٤٠/١٢/٢٩ م ش ٨٩/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٨) : مصاريف التعليم لا تجب الا مع اليسار .

مصاريف التعليم لا تجب الا مع اليسار وان التزم بها من وجبت عليه.

٣٢/١٨٨ الجمالية (١٢/١١/٣٣) م ش ١٩٦٨/١٠

□■□

(المبدأ ٩) : مجرد الرزق بأولاد لا يمنع دعوى الزيادة .

مجرد الرزق بأولاد وبعد فرض النفقـة لا يدفع دعوى الزيادة كمـا لا يدفعها ايضـا كون المحكوم له طالبا يتناول طعام الغـذاء من المدرسة لأن

حاجة الطالب ليست منحصرة فى الطعام والشراب بل له من الضروريات غير ذلك ككتبه وأدواته المدرسية وملابسه المتنوعة .

١٧٣/٣٥ س ك مصر (١/٦/٣٦) م ش ٩/٢٤١

□■□

(المبدأ ١٠) : متى عاد طالب العلم الى المدرسة استمر فرض نفقته خصوصا وهو لا يزال مشتغلا بطلب العلم .

بما ان الحكم المستأنف بنى على أن المفروض له النفقة قد انفصل من مدرسته وبذلك زال السبب الذى من اجله فرضت له النفقة على اخيه وهو انقطاعه لطلب العلم . **ومن حيث ان المستأنف قد عاد لمدرسته فلا وجه** لابطال فرض نفقته لبقاء السبب الذى فرضت من اجله النفقة ـ على ان فصل الطالب من مدرسته لسبب قهرى لا يمنعه من الاشتغال بالعلم والتقدم للحصول على الشهادة الدراسية من الخارج خصوصا من كان بالسنة الخامسة الثانوية كالمستأنف .

٩/٣٤ س ك مصر (١٧/١٢/٣٤) م ش ٦/٣٩٧

□■□

(المبدأ ١١) : يكمل لطالب العلم ما يكفيه من النفقة على اخيه .

وحيث ان مثل الطالبين المذكورين وقد تحملت الوزارة نصيبا من الانفاق عليهما مكافاة لهما على مواهبهما ومقدرتهما تشجيعا لهما على مواصلة التعليم كما هو معلوم ذلك بالضرورة للمتفوقين امثالهما وكذلك يجب ان يتحمل أقرب الناس اليهما قسطا من ذلك العبء من غير ما عنت ولا ارهاق حتى لا تنطفىء جذوة الذكاء المشتعلة فيهما ويصيران عالة على المجتمع الانسانى فلا ينفعون ولا هم ينتفعون ويصيران كالثمرة الفجة لا يؤبه لها **ولا يلتفت اليها . وبما انه ثبت أن المدعى عليهما اقرب الناس اليهما وان لكل** واحد منهما فاضل كسب .

٥٦٩/٣٢وبرسعيد (٢٢/٥/٣٣) م ش غ/٨٠٩

□■□

(المبدأ ١٢) : ثمن الكتب المدرسية واجبة على من تجب عليه النفقة .

ثمن الكتب المدرسية واجبة على من تجب عليه النفقة ، وخاصة اذا **كان الطالب فى المرحلة النهائية من التعليم .**

٣٦٥/٥٤ مصر الجديدة (٤/٧/٥٤) ت س م ش ٣٥/٢٠٥

□■□

(المبدأ ١٣) : الفواتير المقدمة من المكتبة التى صرفت الكتب يعمل بها.

الفواتير المقدمة من المكتبة التى صرفت الكتب يعمل بها ، وخاصة اذا اعتادت هذه المكتبة صرف الكتب للطالب وكان موثوقا بها .

٥٤/٣٦٥ مصر الجديدة (٥٤/٧/٤) ت س م ش ٢٠٥/٢٥

□■□

(المبدأ ١٤) : لا يشترط فى طلب ثمن الكتب المدرسية أن يكون الطالب ماذونا بالاستدانة .

لا يشترط فى طلب ثمن الكتب المدرسية أن يكون الطالب ماذونا بالاستدانة بثمنها فى حكم نفقة على المحكوم عليه ، اذ الأولى والأجدر بالوالد أن يكون عونا لأولاده فى تربيتهم وتثقيفهم حتى يفرغوا من التعليم ويصلوا الى غايتهم منه ، ولا يلجئهم الى التقاضى للحصول على قوتهم ومصاريف تعليمهم وثمن كتبهم .

٥٤/٣٩٥ مصر الجديدة (٥٤/٧/٤) ت س م ش ٢٠٥/٢٥

(المبدأ ١) : الحضانه عمل تؤديه الحاضنة لحســاب والد الصــغير ، وليست نفقة ولا شبه نفقــة ، اللهم الا بالنسبة للصغير باعتبارها حلقــة من سلسلة النفقات ، والعمل لا بد فيه من التعاقد ـ هذا التعاقد موجود بصفة خاصــة بين الحاضنة ووالد الصغير ، وثابت فعلا باعتبــار انها أثر من آثار الزوجية . الحاضنة مسلطة على هذا العمل من قبل الشارع بمقتضى عقــد الزواج فتستحق الاجر عنــه ولا تبرأ ذمة الزوج منــه الا بالاداء أو الابراء ، ما لم تتبرع بالحضانة وتقبل القيام بها بدون اجر .

الحضـــانة وهى تربية الصغير وملاحظة شــئونه ليست الا عمــلا من الأعمال تؤديه الحاضنة لحساب والد الصغير بالاجرة التى تستحقها فى مقابل هذ العمل ، وليست نفقة ولا شبه نفقة بالنسبة لهــا . أما ما قيل فى بعض المناسبات من أنها من النفقة ، فذلك بالنسبة للصغير باعتبار ان الحضانة من لوازمه .

ومن حيث ان النفقات التى تجب للصغير على أبيــه من طعــام وكسوة ومسكن وأجور حضانة وتعليم وخلافه . ومن حيث ان الأجرة التى يستحقها العامل نظير عمله قبل صاحب العمل وان كانت لا تجب الا بالتعــاقد عليها ، الا أن التعاقد بين الأم بصفتها حاضن، وبين والد الصغير على حضانته والقيام بتربيته موجود ضمنا وثابت فعلا ، باعتبار ان الحضانة أثر من آثار الزوجية، ونتيجة من نتائج عقد الزواج الذى حصل بينهما على أحكام الشريعة الاسلامية تلك الأحكام التى جعلت من حق الأم حضــانة طفلها الى ان يبلغ سنا معينــا يستغنى فيه عن خدمتها حتى ولو لم يرض الأب بذلك، فهى مسلطة على هذا العمل من قبل الشارع فتستحق اجر مثلها عليه من تاريخ القيــام به ، بعد انقضاء العدة . وتصير أجرها دينا صحيحا على الأب من وقت الوجوب بدون توقف على قضاء أو تراض . ولا تسقط بمضى المدة ولا تبرأ ذمته الا بالأداء أو الابراء ما لم تتبرع الحاضنة ، وتقبل القيام بها بدون أجر ... ويؤيد ذلك ما نص عليه الفقهاء فى أجرة الرضاع من انها تستحق بمجرد الارضاع فى مدته ولا تتوقف على عقد اجارة ولا تسقط بمضى المــدة ، وعللوا ذلك بانها اجرة عمل ، وليست نفقة ، فاذا كانت اجرة الرضــاع لا يتوقف استحقاقها على القضاء أو الرضــاء ، ولا تسقط بمضى المدة مع أن الارضــاع له شبهة قوية بالنفقة لما ينطوى عليه من الانفاق على طفل بتغذيته بلبن ثدى المرضع ، فمن

باب أولى تكون اجرة الحضـــانة كذلك لأن الحضـــانة عمل محض وخـــدمة خالصة لا شيء فيها من النفقة .

٣٨/١٤٧ ت س اسكندرية (٣٩/١١/١٠) ش ٦٣/٥/١١

□■□

(المبدأ ٢) : عمل الحاضنة هو القيام على تربية الصغير وحفظه ، وهذا لا يختلف باختلاف الحاضنات .

ان عمل الحاضنة هو القيـــام على تربية الصغير وحفظه ، ولا يختلف باختلاف الحـــاضنات ، متى قام الدليل على صـــلاحية الحـــاضنة الثـــابتة للحضانة ، وتفاوت الحاضنات فى العناية بالمحضون لا يصح أن يكون منـــاطا لتقدير اجرة الحضانة لأن هذا على فرض حصوله لا يمكن ضبطه ولا تحديده حين تقدير الأجرة ، بل المناط الذى يمكن ضبطه والوقوف عليه حين التقدير هو حال من وجبت عليه هذه الأجرة ومتى ثبت للمحكمة صلاحية الحاضنة الثابتة للحضانة وان الصغير فى يدها لا يكون هناك مانع شرعى ولا عقلى من نقل المقرر لأجر الحضانة اليها .

٣٧/٣٨ الضواحى (٣٨/١/٢) م ش ٨٣٩/١٠

□■□

(المبدأ ٣) : أجرة الحضانة والرضـــاع فى معنى المؤونة لأنهـــا جزاء الاحتباس فللحاضنة الحق فى رفع امرها للقاضى بطلب زيادة المتفق عليـــه عرفيا لانها اجارة على الحضانة والارضاع فى المستقبل باجر شهرى .

حيث أن المنصوص عليه شرعا أن أجرة الحضانة والرضاع ليست أجرة محضة بل هى اجرة فيها معنى المؤونة لأنهـــا جزاء الاحتباس لأجل الصغير ولهذا لا تجب للزوجة لوجوب نفقتها على الأب بسبب الزوجية ولما فيها من هذا المعنى يجوز للأم رفع امرها للقاضى للحكم بزيادة الأجرة المتفق عليها الى أجرة المثل ــ كما اذا اتفقت معه على النفقة فانه يجوز لها أن ترفع امرها الى القاضى فيزيدها الى مثل النفقة الواجبة ومع هذا فالاجارة المتفق عليها بالورقة العرفية فى هذه القضية اجرة حضانة وكذا أجرة ارضاع . والمنصوص عليه شرعا أن الاجارة المضـــافة تكون غير لازمة ويجوز لكل من الطرفين فسخهـــا بحضور الآخر كمـــا فى باب الاجارة من الدر وابن عابدين وعلى هـــذا يجوز للمرضعة والحاضنة رفع الأمر للقاضى ليقدر لهما الأجر المناسب وطلب الزيادة على المتفق عليه من الأجر وهو فى حكم طلب تقدير اجر المثل لأن ما يفرضـــه القاضى مع الأصل يعتبر اجر مثلها .

٣٢/٩١٠ س ك المنصورة (٣٤/٢/٩) م ش ٢٦٠/٥

(المبدأ ٤) : اجرة الحضانة تستحق عن عمل هو حفظ الصغير ورعايته فى سن الحضانة .

اجرة الحضانة فى معنى المؤونة وتستحقها الحاضنة على عمل هو حفظ الصغير وربايته وتمهده وهو فى سن الحضانة وما دامت قائمة بهذا العمل استحقت اجر الحضانة اما اذا انفصل الصغير عنها الى الأب فينعدم قيامها اذن بحفظ الصغير وتعهده فلا اجر لها على هذا المنعدم .

٣٦/٤٨ اجا (٣٤/١٢/٢١) ت س م شم ش ٣٧٠/١٠

□■□

(المبدأ ٥) : اجر الحضانة مقابل العمل ويجب بمجرد القيام بها ومن تاريخ انقضاء العدة .

الحضانة أجرة عمل تجب بمجرد القيام به فاذا ما قامت ام الصغير بحضانته التى هى حقها وجب لها اجر مثلها فتستحق الأجرة من تاريخ **انقضاء عدتها ولا تسقط بمضى المدة .**

من المقرر شرعا أن أم الصغير تستحق أجرة حضانته بعد الطلاق من تاريخ انقضاء عدتها ولا تسقط بمضى المدة لانها اجرة عمل تجب بمجرد القيام به فاذا قامت بهذا العمل الذى هو حقها وجب لها اجر مثلها .

٣٧/١٤١٣ س ك مصر (٣٨/١/١٤) م ش ٨٢٠/٩

□■□

(المبدأ ٦) : اذا بلغ الطفل سن الحضانة وطلب المحكوم عليه بالنفقة سقوط اجرة الحضانة حكم له بسقوطها .

ثابت من حكم الضم أن البنت تجاوزت سن الحضانة واستغنت عن **خدمة النساء من الحاضنات بالتالى أصبحت غير محتاجة الى خدمة امها المستانفة فلا تستحق اجرة على حضانتها لأن اجرة الحضانة انما تستحقها** الحاضنة فى مقابل قيامها بما تحتاج اليه الصغيرة من الخدمة والتربية وهى فى سن الحضانة فاذا تجاوزت هذه السن استطاعت ان تقوم بخدمة نفسها واستغنت حاجتها الى خادمة فليس لها عمل ضرورى بالنسبة لها تستحق عليه اجرة ..

٤٠/١٠٢٢ س ك مصر (٤١/٢/٢٣) م ش ٧٢/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٧) : الحضـــانة عمل لا يتغير بمضى الوقت ـ فلا يجاب طلب زيادة الأجرة المتراضى عليها لها .

حيث أن الحضـــانة عمل لا يتغير فى حالتى الصـــغر والكبر وقـــد كان رضاها بالاجرة المذكورة امارة على انها فى حد المثل ـ واذن فلا نرى وجهـــا لاجابتها الى طلبها .

٣١/١٢٣ كوم حمادة (٥/١/٣٢)　　　　م ش ٥/٨٩٧

□■□

(المبدأ ٨) : طلب أجرة الحضـــانة وبدل الفرش والغطاء ممـــا يصح توجيهه أثناء السير فى دعوى النفقة كطلب فرعى بدون حاجة الى اعلان جديد ولو لم يعتبر تفصيلا لما اجمل فى دعوى النفقة .

ان طلب تقرير أجرة الحضانة وبدل الفرش والغطاء الذى تقـــدمت به المدعية اثناء السير فى الدعوى اذا اعتبر تفصيلا لما أجمل فى الدعوى الأصلية بحكم أن هذين النوعين من ضمن نفقة الصغير وقد طلبت فى الدعوى الأصلية **ـ فالأمر فى ذلك ظاهر واذا اعتبر دعوى مستقلة فى هذه القضية صح توجيهها** الى المدعى عليـــه كطلب فرعى ملحق بالطلب الأصلى بدون حاجة الى اعلان جديد للسير فيها .

٤٣/٧٨١ المنصورة (٢٢/٦/٤٤)　　　　م ش ١٦/٦/١٧٤

□■□

(المبدأ ٩) : تستحق الحـــاضنة أجرة حضـــانة اذا لم تـــكن منكوحة ولا معتدة لأبيه .

جاء فى الجزء الثانى من حاشـــية العلامة ابن عابدين فى باب الحضـــانة تعليقا على قول المتن والشارع تستحق الحاضنة اجرة الحضانة اذا لم تكن **منكوحة أو معتـــدة لأبيه هذا القيد اذا كانت الحاضنة اما فلو كانت غيرها** فالظاهر استحقاقها أجرة الحضانة بالاولى الى ان قال ولعل وجهه ان نفقـــة الصغير لمـــا وجبت على أبيه لو غنيـــا والا فمن مال الصغير كان من جملتهـــا **الانفـــاق على حاضنته التى حبست نفسها لأجله عن التزوج ومثلهـــا اجرة** ارضاعه فلم تكن أجرة خالصة من كل وجه حتى ينافيها الوجوب بل لها شبه **بالأجرة وشبه بالنفقة . فاذا كانت منكوحة او معتدة لابيه لم تستحق اجرة لا على الحضانة ولا على الارضاع لوجوبهما عليها ديانة ولأن النفقة لها بدونهما بخلاف ما بعد انقضاء العدة فانها تستحقها عملا بشبه الأجرة .**

٤٣/٤٢١ السنطة (٢٧/٤/٤٤)　　　　م ش ١٦/٣/٦٥

□■□

(المبدا ١٠) : يراعى فى اجرة الحاضنة دفع حاجتها .

ويراعى فى تقدير أجر الحضانة دفع حاجة الحاضنة الى نفقتها ولا ينظر فى تقدير أجرة الرضاع الى عمل مثل الام بل ينظر فيـه الى عمل غيرها من المراضع وتعطى مثل أجر أيهن .

٣٣٤/٣٠ السويس (١/٤/٣١) ب س — م ش ١٣٠/٩

□■□

(المبدا ١١) : تستحق حاضنة الصغير اجرة حضانتها له فى المدة ما بين بلوغه سن السابعة الى ان يبلغ التاسعة من عمره متى اذن ببقائه بيدها فى تلك المدة .

حيث ان المدعى اعترف بانه متزوج بزوجة اخرى غير ام الصغير وتبين للمحكمة من مشاهدة الصغير ضعف جسمه وبنيته وعدم استغنائه عن خدمة النساء وبهـذا يكون من مصلحته بقاؤه فى يد امه المدعى عليهـا الى ان يبلغ التاسعة من عمره طبقا للمادة ٢٠ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

وحيث أن المادة المذكورة نصها : « للقـاضى ان ياذن بحضانة النسـاء للصغير بعد سبع سنين الى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشر سنة اذا تبين أن مصلحتهما تقضى بذلك، وظاهر منه بداهة أن حضانة النساء باقيـة للصغير فى المدة من سـبع سنين الى تسع سنين متى رأى القـاضى **المصلحة فى ذلك ومتى كانت الحضانة باقية فى هذه الفترة فالأجرة مستحقة** عليه كما لو كان الحال قبل بلوغ الصغير سبع سنين لحـاجة الصغير فى كلا الحالتين الى عمل الحاضنة الذى هو تربيته والقيام بشئونه على ان القاعدة التى تقررت بهـذه المادة جرت على المعول عليه فى مذهب ابى حنيفـة من ان الصغير يسلم الى ابيه عنـد الاستغناء عن خدمة النساء كمـا يعلم ذلك من المذكرة الايضاحية .

٣١/٦٧٦ قنا (١٧/٢/٣٢) — م ش ٩٠٢/٥

□■□

(المبدا ١٢) : لا ترد أجرة الحضـانة لو خرجت الحاضنة من اهليـة الحضانة لأنها اجر عمل وقد دفع مقـابل العمل خلافا لأجرة المسكن فانهـا فى هذه الحالة ترد لاندفاع حاجة الصغيرة اليها بسكناها مع حاضنتها فى منزل الزوجية .

.. **نص شرعا على أن الحاضنة المتزوجة باجنبى من الصغير تستحق اجرة** حضانة ما دام الولد فى يدها لأن هذا بمثابة العين المستاجرة (راجع رسالة الابانة لابن عابدين عن اخذ الاجرة عن الحضـانة) اما اجرة المسكن والبنت

تسكن تبعا لأمها فلا تستحق امها أجرة مسكن لحضانتها فى المدة المذكورة (تاريخ زواج الام) وما ذكرته محكمة أول درجة من رفض رد أجرة المسكن من أن أجرة المسكن من نفقة الصغير وهى لا ترد ليس على اطلاقه فان ذلك موضعه عند تعجيل النفقة أو دفعها اختيارا اما اذا أخذت قهرا من غير حق فيجب ردها شرعا .

١٣٤٠ بورسعيد (٢٦/٩/١٤) ت س   م ش ٨/٢٧٦٧٧

□■□

(المبدأ ١٣) : تلزم أجرة الحضانة بالتزام الوالد بها ولو كان للأم نفقة عدة .

ان أجرة الحضانة واجبة شرعا على المولود له ما دامت حالة الصغير كما هى مثبتة فى الاشهاد الذى قرر المدعى فيه الاجرة للصغير وليس ذلك الزاما بأمر ليس لازما على أنه اذا كانت المدعى عليها قد تقررت لها نفقة عدة فان الشرع يعتبر تقرير أجرة الحضانة صحيحا .

٢١/١٠٣٩ ك مصر (٢٢/٤/٢١)   م ش ٤/٦٢٠

□■□

(المبدأ ١٤) : اذا جعل القاضى للأم أجرة حضانة وأمر من وجبت عليه بأدائها لها فتزوجت ولم يتعرض من له حق الحضانة بعدها اليها لا يبطل الفرض .

النص الفقهى يقضى بأن القاضى اذا جعل للأم أجرة حضانة وأمر من وجبت عليه بدفعها لها فتزوجت ولم يتعرض من له حق الحضانة بعدها اليها لا يبطل الفرض كما نص على ذلك العلامة ابن عابدين فى رسالته الابانة فى أخذ الأجرة على الحضانة ص ٢٧٣ من الجزء الأول من رسائله نقلا عن الشيخ خير الدين الرملى وهذا توضيح فى بقاء هذه الأجرة وقيام فرضها متى لم يتعرض من له حق الحضانة بعد الأم اليها فى المطالبة .

٣٠/١٤٩ شبين القناطر (٣٠/١٢/٢٩)   م ش ٣/٨٨

□■□

(المبدأ ١٥) : لا يجاب طلب الحاضنة فرض أجرتى حضانة وارضاع اذ كانت قد تكفلت الحضانة والرضاع مقابل طلاقها من المدعى عليه .

وحيث انه عن طلب أجرتى الحضانة والرضاع فقد تكفلت المدعية بحضانة ورضاع حملها منه عند انفصاله حيا مدة الحضانة نظير الطلاق وذلك

جائز شرعا فتعامل بمقتضاه وليس ذلك تكفلا بمجهول اذ انه معين بتعيين هذا الحمل فعودها الى طلب الأجرة بعد استيفائها عوضها لا يلتفت اليه .

٢٠٤٩/٢٩ السيدة (٢٠/١١/٣٠) ت س — م ش ٢/٩٥١

□■□

(المبدأ ١٦) : الجدة الملزمة بنفقة الصغير ملزمة باجرة حضانته ايضا.

المنصوص عليه شرعا ان أجرة حضانة الصغير على من تجب عليه نفقته وقواعد المذهب تقتضى ذلك وقد جرى قضاء المحكمة عليه .

٣٦/١٠٧٦ س ك مصر (١٨/٣/٣٧) — م ش ١١/٣/٥١

□■□

(المبدأ ١٧) : لا يسقط المتجمد من اجرة الحضانة بموت الصغير.

وحيث ان الحكم ببراءة ذمة المدعى مما تجمد من أجرة الحضانة غير صحيح لأن الأجر على العمل لا يسقط بالموت مطلقا فهو دين قوى فى الذمة لا يسقط الا بالاداء او الابراء .

٣٠/٢٥٨٩ س ك مصر (٢١/٤/٣٢) — م ش ٤/٦٣٢

□■□

(المبدأ ١٨) : الحضانة عقد ايجار فاجرها دين صحيح لا يسقط الا بالأداء او الابراء .

وحيث ان الفقهاء وان اختلفت كلمتهم فى القول بوجوب اجرة الحضانة عن مدة ماضية او عدم وجوبها الا ان محل هذا الخلاف اذا لم يكن ثمة عقد ايجار بين الحاضنة ووالد الصغير على القيام بحضانته ومن الرجوع الى ورقة الاتفاق المحررة بينهما يرى ان المدعى عليه قد اتفق مع المدعية على مبلغ معين نظير نفقة الصغيرة واجرة حضانتها لها وهذا المعنى صريح فى انه استئجار للمدعية لحضانة صغيرته واذا فالأجرة المستحقة عليه حق للعاملة ما دامت قد حضنت وهى دين صحيح لا يسقط الا بالأداء او الابراء ودعوى الأداء لم يقم دليل عليها .

٣٣/٣٤٦ دشنا (٢٠/١/٣٤) — م ش ٦/٧٧٠

□■□

(المبدا ١٩) : اجرة الحضانة المفروضة صلحا بين الطرفين هى عقد اجارة بينهما لا يصح طلب زيادتها قبل مضى المدة الا برضاء الطرفين .

حيث ان اجرة الحضانة صدرت صلحا بين الطرفين فلا يصح لها طلب زيادتها لأن هذا العقد بينهما اتفقا فيه على أن تقوم بحضانة البنت نظير عشرين قرشا شهريا كسائر عقود الاجارة لا يصح طلب زيادة قيمتها قبل **انتهاء مدتها الا برضاء الطرفين وقد نص شرعا فى باب الاجارة على أن الزيادة** فى الاجرة من المستاجر تصح فى المدة اما الزيادة عليه فلا تقبل كما لو رفض الاجرة بعد العقد وطلب فسخ الاجارة لا تفسخ لأنه رضى بذلك . وبما أنه فضلا عن ذلك لم تمض مدة بعد التراضى على قيمة أجرة الحضانة يحتمل فيها زيادة أسعار الحاجيات التى تستلزم زيادة أجرة المثل .

٣٣/١١٠ س ك المنصورة (٣٤/٢/٩) م ش ٥/٥٦٠

□■□

(المبدا ٢٠) : الابراء من بعض الأجرة بعد العقد قبل استيفاء النفقة جائز .

الابراء من بعض الأجرة بعد العقد قبل استيفاء النفقة جائز لأن سبب الوجوب هنا وهو العقد موجود فيقام ذلك مقام حقيقة الوجوب فى صحة **الاسقاط كما نص على ذلك فى الجزء الخامس من مبسوط السرخسى ص١٨٦** وفى الجزء الأول من الفتاوى المهدية ص ٣١٠ **لأن الأجر عقد معاوضة وقد التزمه المتعاقدان باختيارهما وذلك دليل قدرتهما على القيام بما التزما به** فلا يقبل قول من يريد فسخ هذا العقد مع بقاء مدته ووجود الداعى اليه ولا تسمع دعواه بذلك لأن فى هذا نقض ما تم من جهة المدعى وكل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ولأن الحضانة من قبيل الاجارة الخاصة كما نص على ذلك فى الجزء الخامس من الدر المختار على هامش رد **المحتار ص ٤٠ وقد نص فى هذا الجزء من رد المحتار ص ٤٦ على أن من** استاجر من يعمل عملا خاصا فى مدة معينة فعليه أن يعمل ذلك العمل الى تمام المدة ولا كذلك اذا كانت هذه الأجرة فرضت بقضاء القاضى لأن للقاضى أن يتدارك خطأه فى المستقبل فيرفع عنه الخطأ متى وجد سببا لذلك .

٣٣/٢٩٧ الجمالية (٣٣/١٢/١٤) م ش ٨/٧/٢٦٦

□■□

(المبدا ٢١) : اجرة الحضانة كاجرة الرضاع من جهة القضاء بها فى مال الصغير عن مدة ماضية لم يتعاقد عليها .

الحكم الشرعى فى استحقاق اجرة الحضانة عن مدة ماضية بدون تعاقد

عليها اساس البحث فيه هو اجرة الرضاع لأن اجرة الحضانة مقيسة عليها فى الحكم فيما يتعلق باجرة الرضاع وجاء فى الدر المختار فى باب النفقة ما نصه : وللأم اجرة الرضاع بلا عقد اجارة والعبارة هكذا مطلقة فتشمل ماذا كانت الاجرة واجبة فى مال الصغير او فى مال غيره وعلق على هذه العبارة العلامة ابن عابدين فى رد المحتار يقول (بل تستحقه بالارضاع فى المدة مطلقا كذا فى البحر اخذا من ظاهر كلامهم ورده المقدسى فى الرمز شرح نظم الكنز بان الظاهر اشتراط العقد ومن قال بخلافه فعليه اثباته أ. هـ.)

فبناء على هذا يكون فى المسالة قولان ـ الأول استحقاق اجرة الرضاعة بالارضاع فى مدتها بدون اشتراط تعاقد عليها وهذا ما استظهره صاحب البحر والقول الثانى عدم استحقاق اجرة الرضاعة بالارضاع فى مدة لم يتعاقد عليها وهذا ما استظهره المقدسى والعمل فى المحاكم جاء على القول الأول وهو القضاء باجرة الرضاعة عن مدة ماضية بدون اشتراط التعاقد عليها لقولة تعالى : « فان أرضعن لكم فاتوهن اجورهن » واما اجرة الحضانة فقد اضطربت احكام المحاكم فيها فبعضها قضى بها عن مدة ماضية لم يتعاقد عليها كاجرة الرضاعة سواء بسواء وبعضها فرق فى الحكم بينهما فقضى باجرة الرضاعة دون اجرة الحضانة ـ ومنشا هذا الاضطراب ان العلامة الشيخ المهدى فى الفتاوى المهدية افتى فتوى على ما استظهره المقدسى لا بناء على استظهار صاحب البحر وانظر فتواه فى ص ٢٧٤ جزء اول فى باب الحضانة ونصها (وسئل) فى امراة ماتت عن زوجها وابن منها وعن ابويها فاخذت ام الزوجة الابن وصار فى حضانتها مدة حتى بلغ ثمانى سنين فهل يكون لابيه اخذه منها وضمه اليه واذا ارادت ان تحاسبه على اجرة الحضانة والنفقة فى المدة الماضية ااتاخذها منه او لا يكون لها ذلك حيث لم يفرض لها عليه شيء من ذلك لا بتراضى ولا بفرض قاضى ؟ (اجاب) للأب ضم ابنه حيث بلغ ثمانى سنين كما هو مذكور وليس للجدة مطالبة الأب باجرة حضانتها اخذا مما قيل فى اجرة الارضاع على خلاف ما استظهره صاحب البحر فيها ولا نفقة ما مضى والحال هذه والله تعالى أعلم . فبعض المحاكم اخذ بهذه الفتوى فحكم بعدم استحقاق اجرة الحضانة عن مدة ماضية لم يتعاقد عليها ، وفى الوقت نفسه قضى باستحقاق اجرة الرضاع عن مدة ماضية بلا عقد فيها بناء على ما استظهره صاحب البحر ـ وهو ما لا يقره احد وهو التفريق فى الحكم بين اجرة الحضانة واجرة الرضاعة لأنه لا وجه للتفريق بينهما فلا معنى لما استظهره صاحب البحر بالنسبة لأجرة الرضاعة فيقضى باستحقاقها عن الماضى بلا عقد وفى الوقت نفسه يقضى بعدم استحقاق اجرة الحضانة عن الماضى بلا عقد بقياسها على حكم اجرة الرضاعة بناء على ما استظهره المقدسى عملا بما افتى به الشيخ المهدى فى فتواه السابق نقلها ـ هذا ليس من الفقه فى شيء والواجب اما ان يؤخذ باستظهار المقدسى فى الموضعين فيقضى بعدم استحقاق الأجرتين من مدة ماضية بلا عقد ، اما الأخذ بهذا الراى فى موضع وبذلك فى موضع

فلا مسوغ له ما دام الموضوعان متماثلين . وانظر فى هذا المعنى ما قال الشيخ المهدى نفسه فى ص ٢٧١ جزء أول من باب الحضانة قال ما لفظه حرفيا (اما اجرة الحضانة قبل انتهاء مدتها فقد صرح فى الدر ورد المحتار بان للأم أجرة الارضاع بلا عقد اجارة فتستحق فى المدة مطلقا كذا فى البحر اخذا من ظاهر كلامهم ورده المقدسى فى الرمز شرح نظم الكنز لأن الظاهر اشتراط العقد ومن قال بخلافه فعليه اثباته أ. هـ. ـ وما يقال فى الارضاع يقال فى الحضانة اذ لا يظهر فرق والله تعالى أعلم) فالشيخ المهدى نفسه الذى يعتمد على فتواه المفرقون فى الحكم بين الأجرتين صرح بانه يلزم ان يقال فى الحضانة ما يقال فى الارضاع ومع انه نقل فى فتواه هذين الرأيين اللذين قيلا فى أجرة الارضاع وهما استظهار صاحب البحر واستظهار المقدسى وترك للمستفتى الأخذ بما شاء منهما الا انه الزمه فى آخر فتواه بعدم التفرقة فى الحكم بين الأجرتين فاما أن يقال فيهما معا بالاستحقاق عملا باستظهار صاحب البحر ، واما يقال فيهما بعدم الاستحقاق عملا باستظهار المقدسى وهذا هو الفقه الصحيح ـ قضى بأجرة الحضانة عن مدة سابقة لأنه الأوفق واسوة بما جرى عليه عمل المحاكم .

١٣٦/٤١٠ أطسا (٣٧/٧/٤) م ش ٢٠٧/٧/٨

□■□

(المبدا ٢٢) : تستحق اجرة الحضانة عن مدة ماضية اسوة باجرة الرضاع رفقا بحال الصغير .

اختلف الفقهاء فى الحكم بها عن مدة ماضية بلا عقد واستظهر صاحب البحر وصرح فى الدر ورد المحتار بأن أجرة الرضاع تستحق عن مدة ماضية خلافا لما استظهره المقدسى والشيخ المهدى رحمه الله .. قال ما يقال فى الارضاع يقال فى الحضانة اذ لا يظهر فرق وقد افتى فيهما بحكم واحد مرة بناء على استظهار المقدسى ومرة بناء على استظهار صاحب البحر ـ وأهل الفقه يرون الأخذ بما استظهره صاحب البحر وصرح به فى الدر ورد المحتار بانه ارفق بحال الصغير .

٣٧/١٥٩٦ س ك مصر (٣٨/٥/٩) م ش ٧٤٧/١٠

□■□

(المبدا ٢٣) : يجاب طلب فرض اجرة حضانة ورضاع عن مدةماضية.

جاء فى الفتاوى المهدية فى الجزء الأول من باب الحضانة ص ٢٧١ مانصه : « سئل عن رجل طلق زوجته ومعها منه بنت لم يقدر لها نفقة

ولا اجرة حضـانة بلغ سنها ٩ سنين وطمنت فى الصـاقرة يريد الرجل اخذ البنت منها فهل لا يكون للمراة مطالبته بالنفقة واجرة الحضانة حيث لم يقدر للبنت شيئا » اجاب اذا بلغ سن البنت ٩ سنين يكون لأبيها ضمها الى نفسه وليس لأمها مطالبته بنفقة مضت بدون القضاء او الرضاء . كما لا مطالبة لها باجر الحضانة والحال هذه عن المدة التى هى بعد انقضاء مدة الحضـانة اما اجرة الحضانة قبل انتهاء مدتها فقد صرح فى الدر ورد المحتار بأن للأم اجرة الرضاع بلا عقد اجارة فتستحقه بالارضاع فى المدة مطلقا كلذا فى البحر اخذا من ظاهر كلامهم ورد المقدسى فى الرمز شرح نظم الكنز بان الظاهر هو اشتراط العقد ومن قال بخلافة فعلية اثبـاته انتهى . وما يقال فى الارضاع يقـال فى الحضـانة اذ لا يظهر فرق ، والله أعلم . انتهى نص عبارة المهدية .

وجاء فى الفتاوى المهدية فى الجزء الأول فى باب الحضانة ايضا ما نصه ص ٢٧٤ اى بعد الفتاوى السابقة بثلاث صفحات ما نصه (« سئل فى امراة ماتت عن زوجها وابن منهـا وعن ابويها فاخذت أم الزوجة الابن وصـار فى حضانتها مدة حتى بلغ ثمانى سنين ، فهل يكون لأبيه اخذه منها لضمه اليه واذا ارادت ان تحاسبه على اجرة الحضانة ونفقة المدة الماضية وتأخذها منه لا يكون لها ذلك حيث لم يفرض لهـا عليه شىء من ذلك ولا بفرض قاضى — اجاب للأب ضم ابنه حيث بلغ سنه ثمانى سنين كما هو مذكور وليس للجدة مطالبـة الأب باجرة حضانته اخذا مما قيل فى أجرة الارضـاع على خلاف ما استظره صاحب البحر فيها ولا بنفقة ما مضى والحال هذه والله تعالى أعلم انتهى نص عبارة المهدية) .

فمن الفتوى الأولى يعلم ان اجرة الارضاع تستحق عن مدة ماضية ولو بدون فرض سـابق على ما استظهره صـاحب البحر وصرح له فى الدر ورد المحتـار خلافا لما استظهره المقـدسى والشيخ المهدى رحمه الله قال فى آخر هـذه الفتوى (وما يقـال فى الارضاع يقـال فى الحضـانة اذ لا يظهر فرق والله أعلم) .

اما الفتوى فقد اخذ فيها الشيخ المهدى رحمه الله بقول المقدسى الذى استظهر اشتراط العقد فى وجوب اجرة الارضاع عن مدة ماضية ولم يأخذ فيها باستظهار صـاحب البحر الذى اخذ به فى الفتوى الأولى لم كما قاس الشيخ المهدى رحمه الله فى الفتوى الأولى اجرة الحضانة على اجرة الرضاع فعل مثل ذلك فى الفتوى الثـانية فقال انه ليس للجـدة مطالبة الأب باجرة الحضانة عن المدة الماضية اخذا مما قيل فى اجرة الارضاع ايضا وعلى كل حال فالشيخ المهـدى رحمه الله لم يفرق بين اجرة الحضانة واجرة الارضـاع فى الحكم مطلقا وانما افتى فيها بحكم واحد مرة بناء على استظهار صاحب البحر

وحده ومرة بناء على استظهار المقدسى ، فما جرى عليه بعض القضاة من التفريق فى الحكم بين اجرة الحضانة واجرة الرضاع ليس له سند من الفقه مطلقا والواجب التسوية بينهما فى الحكم بان ياخذ فيهما كليهما باستظهار صاحب البحر المصرح به فى الدر ور د المحتار فيقضى بهما عن مدة ماضية ولو لم يسبقها حصول عقد او حكم وبما أن اهل الفقه يرون الأخذ بما استظهره صاحب البحر وصرح به فى الدر ورد المحتار لأنه ارفق بحال الصغير كما راوا الأخذ بالقول بعدم سقوط نفقته المفروضة بمضى شهر ولو لم تستدنها الأم باذن الاب او القاضى على ما جرى عليه الزيلعى واقره فى البحر والنهر وشرح التنوير خلافا لما رآه الأكثرون ورجحه رد المحتار من سقوطها بمضى شهر على ان اجرة الحضانة واجرة الارضاع اعطاهما الفقهاء هذا الامتياز السابق بالاجماع وهو انهما اذا فرضتا لاتسقطان بمضى شهر ولو لم تستدنهما الام باذن الأب والقاضى ، فقد قال فى الفتاوى المهدية فى الجزء الأول فى باب النفقة ص ٤٤١ فى مطلب تستحق الأم المفروض الى آخره بعد ما نقل الخلاف فى سقوط نفقة الصغير المفروضة غير المستدانة بمضى شهر ما نصه : «بخلاف اجرة حضانتهم فلا قائل بسقوطها بمضى المدة لكونها مستحقة على الاب نظير تربية اولاده القصر انتهى نص المهدية » وهو فى اجر الحضانة المفروضة بناء على ما تقدم يكون الواجب على من يقضى باجرة رضاع عن مدة ماضية لم يسبقها حصول عقد ولا حكم ان يفعل كذلك فى اجرة الحضانة وبناء على ذلك تكون المدعية تستحق اجرة الحضانة واجرة الرضاع عن المدة الماضية .

٢٩/٩٨١ طنطا (١٨/٣/٣٠) ت س م ش ٢/ ٩٤٠

□■□

(المبدأ ٢٤) : لا يجاب طلب فرض اجرة الحضانة والرضاع عن مدة ماضية بلا عقد .

ومن حيث انه يجب الرجوع فى ذلك الى الأحكام الشرعية . وقد جاء بالدر من باب النفقة « وللأم اجرة الرضاع بلا عقد اجارة » وعلق عليه فى رد المحتار بقوله : « بل تستحق فى الارضاع فى المدة مطلقا ــ كذا فى البحر اخذا من ظاهر كلامهم ورده المقدسى فى الرمز شرح نظم الكنز بأن الظاهر اشتراط العقد ومن قال بخلافه فعليه اثباته . ثم قال ويؤيده ما فى شرح حسام الدين على ادب القاضى للخصاف فان انقضت مدتها وطلبت اجرة الرضاع فهى احق به وينظر القاضى بكم يجد امراة غيرها فيامره بدفع ذلك اليها لقوله تعالى : « فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن » الخ . ونقل صاحب

البحر فى باب النفقة عند قول الكنز : « وهى احق ما لم تطلب زيادة » عن الذخيرة ان اجرة الرضاع لا تسقط بموت الزوج لأنها اجرة وليست بنفقة ونقل عن الولوالجية ايضا ان هذه الأجرة لا تسقط بموته بل تكون اسوة الغرماء ثم قال : « فالحاصل انها أجرة فلذا لا تتوقف على القضاء » وقال فى نهاية تعليقه على عبارة الكنز المذكورة وظاهر كلامهم ان وجوب أجرة الرضاع لا تتوقف على عقد اجارة مع الأم بل تستحق بالارضاع مطلقا فى المدة المذكورة ومن ذلك يعلم ان صاحب البحر رحمه الله رتب على كونها اجرة انها لا تتوقف على القضاء ثم استظهر انها لا تتوقف ايضا على عقد اجارة مع الأم وانها تستحق بمجرد الارضاع فى المدة وان المقدسى رحمه الله استظهر اشتراط العقد وان ابن عابدين رحمه الله ايد صاحب البحر بما نقله عن شرح حسام الدين .

ومن حيث ان هذه المسالة لم يعلم فيها نقل خاص لأئمة المذهب ولم يبين صاحب البحر وصاحب الرمز مأخذ استظهاره فيجب النظر فى استظهار كل منهما واتفاقه مع القواعد العامة .

ومن حيث انه قد ورد النقل بان مؤونة الرضاع ليست بنفقة وانها اجرة لا تسقط بموت الزوج وتكون المرضع فيها اسوة الغرماء فيجب اذن الرجوع فيها الى كتاب الاجارات وتطبيق قواعد الأجرة واستحقاقها عليها وبذلك تبين قيمة كل من الاستظهارين وقد جاء فى شرح الدر من باب فسخ الاجارة : « استأجر دارا او حماما او ارضا شهرا سكن شهرين فهل يلزم اجر الثانى » ان معدا للاستغلال نعم والا لا وبه يفتى قلت : فكذا الوقف ومال اليتيم وكذا لو تقاضاه المالك وطالبه بالأجر . فسكن يلزمه الأجر بسكناه بعده ... الخ . « وفى الهندية من الباب الثامن كتاب الاجارة » اذا سكن الرجل فى دار رجل ابتداء من غير عقد فان كانت الدار معدة للاستغلال يجب الأجر وان لم تكن معدة للاستغلال لا يجب الأجر الا اذا تقاضاه صاحب الدار بالأجرة وسكن بعد ما تقاضاه لأن سكناه حينئذ تكون رضا بالأجر » وفيها من الباب المذكور ، وان انقضت مدة الاجارة ورب الدار غائب فسكن المستأجر بعد ذلك سنة لايلزم الكراء لهذه السنة لأنه لم يسكنها على وجه الاجارة وفيها من الثانى والثلاثين اذ قال للحمال احمل هذه الى بيتى او قال للخياط خطه ان كان الخياط معروفا انه يخيط باجر والحمال كذلك يجب الأجر والا فلا . وفيها من العاشر فى اجارة الظئر واذا لم تكن معروفة بالظؤورة وهى ممن يعاب عليها فلا الفسخ بخلاف ما اذا كانت تعرف بذلك ، ومعنى قوله لا تعرف بذلك ان تكون هذه اولى اجارة لها — وهذه النصوص تفيد ان الأجرة يتوقف استحقاقها على العقد وانها لا تستحق بدونه الا بالمطالبة مع الانتفاع بعدها وتكون العين وقفا او مال يتيم او معدة للاستغلال او يكون

العامل معروفا بانه يعمل هذاالعمل باجر ومعنى كونه معروفا بذلك ان يكون قد سبق له هـذا العمل باجر اخذا من عبـارة الظئر المذكورة وهـذا يمكن ارجاعه الى المعد للاستغلال لأنه كما يكون فى العقار يكون فى غيره ، ووجوب الأجر فيما ذكر لوجود العقد دلالة وحاصله ان الأجرة يتوقف استحقـاقها على العقد حقيقة او دلالة .

ومن حيث ان مؤونة الرضـاع اجرة فلا تستحق كغـيرها من الأجر الا بعقد او ما يدل عليه مما ذكر وذلك يؤيد ما استظهره المقدسى لأنه بدليل المقابلة يربد بالعقد حقيقة او ما يقوم مقامه واما ما رتبه صاحب البحر على كونهـا اجرة من انها لا تتوقف على القضاء فظـاهر ومتفق مع القواعد لأن استحقاق الأجرة يترتب على العقد او ما يقوم مقامه ولا يتوقف على القضاء وان ما ستظهره من استحقاقها بمجرد الارضاع بلا عقد فلا يتفق مع قواعد الأجرة المذكورة وما نقله ابن عابدين عن شرح حسام الدين لا يؤيده صـاحب البحر فيما ذهب اليه لأن عبارته « فان انقضت عدتها وطلبت أجر الرضاع فهى أحق به . . . الخ » . ليست مسوقة لبيان استحقاقها الأجر بلا عقد وانما سيقت لبيان انها انقضت عدتها وطلبت اجر الرضاع فانها تكون احق بالولد وتستحق اجرة الرضاع ولم يذكر بها أن القاضى يفرضها عن المدة الماضية على ان هذه العبارة قد ذكر بها انها طلبت الأجر وقد سبق ان الأجرة تستحق بالمطالبة وانها تقوم مقام العقد والآية الكريمة سيقت لتأييد الوجوب فى هذه الحالة وهى ما اذا انقضت عدتها وطلبت الأجر فلا دلالة فى ذلك على استحقاقها فى الماضى بدون عقد وبدون ما يدل عليه وليس لنا ولاية الاستنباط من الآية الكريمة وترتب الأجر على مجرد الارضاع فى جميع الأحوال مع ورود النقل فى المذهب بعدم استحقاق الأجر للمعتدات رجعيا وبائنا .

ومن حيث انه قد تبين ممـا ذكر أن ما استظهره صـاحب البحر من استحقاق اجرة الرضاع بمجرد الارضاع لا يعلم ماخذه ولا يتفق مع قواعد الأجرة المعروفة فى المذهب .

ومن حيث ان المدعيـة بنت دعواها اجرة الرضـاع فى المدة الماضـية على انها تستحق بالارضاع مطلقا وانها لا تقبل أن ترضع الا باجر . وهـذا ليس من الأسباب التى تستحق بها الأجرة عن مدة ماضية ولا يصلح سـببا لاستحقاقها الأجرة فى المدة المذكورة كما ذكرنا .

ومن حيث ان اجرة الحضانة كذلك يجب الرجوع فى استحقـاقها الى تلك القواعد وقد بنت المدعية دعواها اجرة الحضانة فى المدة المذكورة ايضـا

على ذلك السبب وهو غير مقبول شرعا ويجب حينئذ عدم سماع دعواها بالنسبة لكل من اجرتى الحضانة والرضاعة .

٢٦/٢١٥٧ مصر (٢٦/٤/٥) ت س م ش ٩٢٩/٣

□■□

(المبدا ٢٥) : لا يجوز شرعا فرض اجرة حضانة عن مدة ماضية .

وحيث انه وان اختلف فى استحقاق اجرة الحضانة عن مدة ماضية بلا قضاء ولا عقد اجارة الا انه ينبغى القضاء بالاستحقاق والافتاء به رفقا بحال المراة ورعاية للصغير وقياسا على اجرة الرضاعة فانها تستحق عن المدة الماضية بلا قضاء ولا عقد اجارة على ما استظهره صاحب البحر وصرح به فى الدر ورد المحتار . وقد قرر هذا القياس العلامة الشيخ المهدى رحمه الله فى الفتاوى المهدية بان التسوية بين اجرة الحضانة واجرة الارضاع فى هذا الحكم واجبة وذلك فتواه فى الجزء الأول فى باب الحضانة ص ٢٧١ ونصها ما يلى : « سئل فى رجل طلق زوجته ومعها بنت لم يقدر لها نفقة ولا اجرة حضانة بلغ سنها تسع سنين وطمنت فى العاشرة والآن يريد الرجل اخذ البنت منها فهل لا يكون للمراة مطالبته بالنفقة واجرة الحضانة حيث لم يقدر للبنت شيئا » اجاب « اذا بلغ سن البنت تسع سنين يكون لأبيها ضمها الى نفسه وليس لأمها مطالبته بنفقة مدة مضت بدون القضاء او الرضاء كما لا مطالبة لها باجرة الحضانة والحال هذه عن المدة التى هى بعد انقضاء مدة الحضانة واما اجرة الحضانة قبل انتهاء مدتها فقد صرح فى الدر ورد المحتار بان للأم اجر الارضاع بلا عقد اجارة تستحقه بالارضاع فى المدة مطلقا كذا فى البحر اخذا من ظاهر كلامهم ورد المقدسى فى الذخيرة شرح نظم الكنز بان الظاهر اشتراط العقد ومن قال بخلافه فعليه البيان ا.هـ. وما يقال فى الارضاع يقال فى الحضانة اذ لا يظهر فرق ـ انتهى نص عبارة المهدية .

٣٠/١٢٨١ س ك مصر (٣١/٦/١) م ش ٨٥٢/٢

□■□

(المبدا ٢٦) : لا تسمع دعوى اجرة الحضانة عن مدة سابقة على رفع الدعوى .

من حيث أن دعوى اجرة الحضانة غير مسموعة شرعا بالنسبة للمدة السابقة على رفع الدعوى لأن اجرة الحضانة التى لم يحصل عليها تعاقد لا تستحق الا من تاريخ المطالبة عملا بالنصوص الواردة فى باب الاجارة ـ وحيث أن دعوى اجرة الحضانة غير مسموعة شرعا ايضا من تاريخ رفع هذه

الدعوى لانه ثبت من الصورة الرسمية التى قدمهـا المدعى عليه ان هـذين الولدين المطلوب لهما اجرة حضانة قد تجاوزا اقصى سن الحضانة من قبل رفع هذه الدعوى بزمن يزيد عنه . ومن المعلوم ان الصغير اذا تجاوز السن فلا يكون لحاضنته اجرة نظير الحضانة ولو كان فى يدها لاستغنائه عن خدمة النساء بتجاوز سن الحضانة ».

٣٢/٤٨٢ بورسعيد (٣٢/٢/١٨) م ش ٧٥٦/٦

□■□

(المبدا ٢٧) : لا تسقط اجرة الحضانة بالابراء الا فى مقابل الطلاق .

حيث انه فى الخلع وفى الطلاق على عوض كما يكون العوض من الزوجة نفسها يكون ايضا من غيرها ابا كان او اما او اجنبيا وهذا العوض كما يصح ان يكون ما لا يجوز ان يكون عملا او خدمة كارضاع الصغير وامساكه لتربيته وحضانته مجانا وهذا النوع من العوض كما يكون متعلقا بصغير موجود حين المعاوضة يكون ايضا متعلقا بحمل لم يولد حين الالتزام بهذا العوض . وهذا العوض اذا التزم به من التزم التزاما صحيحا شرعيا كان حقا لازما يجب اداؤه او القيام به او دفع بدله ــ ورد كل هـذا فى الفتاوى الأنقروية ج ١ ص ٨٨ــ٩١ وفى الدر المختار ورد المحتار ص ٥٨٢ ــ ٤٨٤ ح ع وفى غيرها من كتب الحنفية .

٥٠/١٨٣٢ قنا (٥١/٤/٢٤) م ش ٦٦٥٢/٢.

□■□

(المبدا ٢٨) : الحضانة الفاسدة كتعييب العين المستاجرة تستحق بها الحاضنة الأجرة .

ان استحقاق الحاضنة لأجر الحضانة مع سقوط الحق فيها بالتزوج من اجنبى لم يرد فيـه نص فقهى صريح الا أن العلامة ابن عابدين ذهب فى رسالته (الابانة عن اخذ الأجرة على الحضانة) الى استحقاق الأجرة فى هذه الحالة واستظهر انه الأصح فقـد جاء فى الرسالة المذكورة : ولم أر ايضـا ما اذا جعل القاضى لها ــ اى للأم ــ أجرة الحضانة فى مال اليتيم وأمر الوصى بدفعها للأم فتزوجت واستمرت تحضنه عند الزوج هل يبطل فرض القاضى أم لا ؟ حيث لم يتعرض من له حق الحضـانة بعدها للحضـانة والظاهر من تسميتهم لهـا اجرة انه لا يبطل الفرض لأنه بمنزلة تعييب العين المستاجرة وهذا عند من يقول بجواز الأجرة عليهـا والظاهر انه الأصح ولذلك افتى به قارىء الهداية .

٤٨/٩٧٣ الزقازيق (٤٨/٥/١٨) م ش ١٩٠/٢١

□■□

(المبدا ٢٩) : لا يتجه طلب الاخ ابطال اجرة حضـانة اخته الصغيرة او تسليمها للمتبرعة بالحضانة مجانا لفقره .

حيث ان تخيير الحاضنة امساك الصغير مجانا او دفعـه الى المتبرعة انما هو خاص بالأب لأن النفقة تفرض عليه ولو معسرا وحينئذ يؤمر بالتكسب ما دامت سبل الكسب ميسرة ـ واما القريب فلا تفرض عليه النفقة الا اذا كان موسرا او يقبض من كسبه ما يكفي للانفاق على قريبه الفقير .

٢١/٤٨٨ كوم امبو (٣٢/٧/٤) م ش ٧٥٠/٦

□■□

(المبدا ٣٠) : التبرع باجر الحضانة .

يقضى الفقه بأن الحاضنة اذا تبرعت بأجرة الحضانة واسقطتها والتزمت بحضانة الصغير مجانا من غير مقابل فليس لها المطالبة بها (الفتاوى المهدية جزء أول ص ٣٢٨ ، ص ٣٥٥) .

٣٢/٢٦١٩ الجمالية (٣٣/١١/٢٠) م ش ٢٦٨/١

□■□

(المبدا ٣١) : اذا وجدت متبرعة باجرة الحضانة فتخير الحاضنة من ولى المحضون الذى فى سن الحضانة بين امساكه مجانا وبين التبرع منهـا ولا تخير من غير الولى لا فى سن الرضاع ولا فى غير اجرة الرضاع .

يقضى الفقه بالتخيير فى أجرة الحضانة من ولى المحضون الذى فى سن الحضانة لا فى سن الرضاع فتخير الحاضنة بين الامسـاك مجانا وبين النزع منها والتسليم للمتبرعة وقد نقل فى تعليقات الفتاوى الأنقروية عنـد النص على التخيير أن المراد بالتخيير فى الأجرة والأجرة على الحضـانة ـ (وهـو صريح الفتاوى المهدية ص ٣٦٦ من الجزء الأول) والصغيرة فى سن الرضاع ولا تخير فى هذا السن .

٤١/٢٧٨٨ الجمالية (٣٢/١/١٧) ت س م ش ٧٩١/٤

□■□

(المبدا ٣٢) : التبرع باجرة الحضانة لا يجعل المتبرعة خصما لصاحبة الحق فى الحضانة فى الطعن عليها بعدم الاهلية لها .

العمة ليست خصما فى عدم اهلية الخالة للحضانة لعـدم ولايتها على الصغير لا فى النفس ولا فى المال لوجود الأب ولا فى الحضانة لتاخرها فى هـذا

الحق عن الخالة لأن الحضانة شرعا تربيـة الصغير ممن له حق الحضانة فى تربيته واولى النـاس بحضانته الأم ويستفـاد هذا الحق من قبلها فيقـدم الأقرب فالأقرب من جهتها ويقـدم المولى بالام على المولى بالأب عنـد اتحاد المرتبة قربا ، ومهمة العمة هنا قاصرة على التبرع بالحضانة فلا شـأن لها فى الطعن بعدم الأهلية للحاضنة ولا بعـدم الأمانة فلا تسمع دعواها بذلك لأن الدعوى لاتسمع الا من ذى شان فى شان الخصومة على ذى شان .

٢٧٨٨/٣١ الجمالية (٣٣/١/١٣) ت س م ش ٢٩١/٤

□■□

(المبدأ ٣٣) : تبرع غير الأم بحضانة الصغير لا يسقط حقها فى الحضانة لا سيما اذا كان الطفل لا يزال رضيعا لأنها اشفق الناس عليه .

ان بعض الفقهاء يرى أن تبرع غير الأم بنفقة المحضون الرضيع وامساكه بالمجان لا يسقط حق الأم فى الحضانة بل يبقى المحضون فى يدها مادام رضيعا ولا تبرع منها لأنها أشفق الناس عليه واكثرهم حنانا وصبرا على خدمته بما لا يتـأتى من غيرها وقـد نص فى الجزء الأول من الفتـاوى المهـدية فى باب الحضانة على وجوب تفطن القضاة لمثل هذه الدعاوى ولا يسايروا المتبرعات فان اكثرهن لا يرون من مثل هذه الدعاوى سوى الكيد والاحتيال فقد يفتعل ذلك تواطؤا وتحايلا لاسقاط ما قرر على الأب .

٣٩/١٨٣ منفلوط (٤٠/٢/٦) ت س م ش ١١٠/٥/١٢

□■□

(المبدأ ٣٤) : تبرع غير الأم بنفقة المحضون الرضيع لا يسقط حقهـا فى حضانته بل يبقى فى يدها ما دام رضيعا .

النص الشرعى يقضى بان مثل هـذا التبرع على فرض انه صـادر عن غرض صحيح مشروع لا يسقط حق الأم فى حضـانة بنتها بل تبقى فى يدها ما دامت رضيعة ولا تنتزع منها .

□■□

اجـــر الحـكر

(المبدا ١) : المعول عليه فى تقـدير اجرة الحكر عنـد طلب تصقيعه ، اعتبار الارض المحكرة حرة خالية من البناء .

القاعدة الصحيحة الواجبة الاتبـاع فى تقدير اجرة الحكر عنـد طلب تصقيعه هى ـ على ما قررته محكمة النقض ـ اخذا من المبادىء الشرعية ـ فى حكمها الصادر فى ١٤ من يونية سنة ١٩٣٤ ـ ان يكون التقدير على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء وان لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع الذى فيـه الأرض المحكرة ورغبات الناس فيهـا وان يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض وبصقع الجهة بسبب البناء الذى اقامه المحتكر ، وأن لا يكون لحق البقاء والقرار الذى للمحتكر تأثير فى التقـدير . وقد صرحت محكمة النقض فى حكمها سالف الذكر بانها ترفض الأخذ بنظرية « النسبة » التى تقضى بالمحافظة على النسبة بين اجرة الحكر وقت التحكير وقيمة الأرض فى ذلك الوقت وقالت عنها انه لا اصل لهـا فى الشريعـة الاسلامية ، وأن اجرة الحكر يجب ان تكون دائما هى اجرة المثل . ولقـد اخذ التقنين المدنى بالقاعدة التى قررتها محكمة النقض وقننها بما نص عليه فى المادة ١٠٠٥ منه ونبذ نظرية النسبة وذلك على ما يبين من الأعمـال التحضيرية ، واذا كانت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيـدى قد تضمنت عبارات صريحة تفيـد الأخذ بهذه النظرية واسـنادها خطأ الى محكمة النقض ، فقـد نسخ ذلك ما جرى بعدها من تعديلات ادخلتها لجنة الشيوخ على النص الذى كان واردا فى المشروع التمهيـدى وما ظهر جليـا من اتجاه هذه اللجنـة الى عدم الأخذ بنظرية النسبة وفات واضعوا المشروع بعد ادخال هذا التعديل أن يصححوا على مقتضاه ما تضمنته المذكرة فى هذا الخصوص .

نقض ٢٩/٣٨٢ ق (٦٤/٤/١٧) س ١٥ ص ٥٥٧

□■□

(المبدا ٢) : اجرة الحكر عند طلب تصقيعه تقدر باجرة المثل .وباعتبار ان الأرض المحكرة خالية من البناء .

القاعدة الصحيحة الواجبـة الاتباع فى تقدير اجرة الحكر عنـد طلب تصقيعه ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ اخذا من المبادىء الشرعية ان يكون التقـدير على اعتبـار ان الأرض المحكرة حرة خاليـة من البناء ، وأن لا يلحظ فيـه سوى حالة الصقع الذى فيه الأرض المحكرة ورغبات النـاس فيها ، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض وبصقع الجهـة بسبب البنـاء الذى اقامه المحتكر ، وأن لا يكون لحق البنـاء والقرار الذى

للمحتكر تأثيره فى التقدير ، وانه لا محل للأخذ بنظرية « النسبة » التى تقضى بالمحافظة على النسبة بين اجرة الحكر وقت التحكير وقيمة الأرض فى ذلك الوقت ، اذ لا اصل لها فى الشريعة الاسلامية ، وأن اجرة الحكر يجب أن تكون دائما هى اجرة المثل ، وقد اخذ المشرع بهذه القاعدة وقننها فى المادة ١٠٠٥ من القانون المدنى .

نقض ٣٦/٢٦٨ ق (٧١/١/٥) س ٢٢ ص ٩

□■□

(المبدا ٣) : تقدير اجرة الحكر ـ يكون باعتبار الأرض المحكرة خالية من البناء أو الغراس .

تقدير القيمة الايجارية للأرض المحكرة طبقا لنص المادة ١٠٠٥ من القانون المدنى لا يكون الا على اعتبار انها حرة خالية من البناء او الغراس ولا يراعى فيه غير صقع الأرض ورغبات الناس فيها ، ولا يجوز أن يتأثر بما للمحتكرين عليها من حق القرار .

نقض ٣٦/٤٤٢ ق (٧١/٤/٨) س ٢٢ ص ٤٦٧

□■□

(المبدا ٤) : التزام المحتكر باجرة المثل غير منقوصة .

ان حكم القانون فى تقدير أجرة الحكر ـ على ما سبق أن قررته محكمة النقض ـ هو انه لا يعتبر فيه بحق البقاء والقرار الذى للمحتكر . فان حق البقاء والقرار هو فى مقابل اجرة الأرض المحكرة وصاحبه لا يحصل عليه الا بهذا المقابل ، فلا يمكن أن يكون لهذا الحق أى اثر فى تقدير المقابل له ، ومن ثم يكون المحتكر ملزما دائما ولا بد بأجرة المثل كاملة غير منقوصة . اما القول بتقدير القيمة على اساس نسبة الثلث الى الثلثين من قيمة الأرض ، على ما ورد فى قانون رسم الأيلولة على التركات ، فمحله انما يكون عند تقدير قيمة حق كل من المحكر والمحتكر بعد أن يكون المحتكر قد حصل على حق البقاء والاستقرار مقابل الأجرة سواء لتحصيل الضريبة المستحقة عليهما او فى حالة استبدال الأرض المحكرة .

نقض ١٥/٦١ ق ٤٦/٤/١١

□■□

(المبدا ٥) : عدم تأثير حق القرار فى تقدير قيمة الحكر .

ان حق القرار الذى للمحتكر لا تأثير له فى تقدير قيمة الحكر ، لكن البناء الذى يقيمه المحتكر فى أرض الوقف من شأنه أن يقلل من هذه القيمة

وهى اجرة المثل اذا كان له دخل ما فى تحسين صقع الجهة التى فيها ارض الوقف . بحيث ان قاضى الموضوع متى اقتطع من أجر المثل قدرا ما مقررا انه ثبت له أن بناء المحتكر قد زاد فى الصقع بقدر هذه الحطيطة التى يقتطعها، فلا رقابة لأحد عليه .

نقض ٣/٩٤ ق (٣٤/٦/١٤)

□■□

(المبدا ٦) : المحتكر هو المكلف باثبات حالة ارض الوقف وقت التحكير .

ان ما قرره المشرع والقانون من ان تقدير أجرة الحكر يكون على مثل ارض الوقف يقتضى معرفة ماذا كانت عليه حالة ارض الوقف عند التحكير والمحتكر هو المكلف باثبات حالتها تلك القديمة . وقاضى الموضوع متى تحرى وتحقق وقرر للأرض حالة اصلية خاصة، أو متى قدر الخبير لها حالة خاصة واعتمدها القاضى ، وبين فى حكمه علة اعتباره اياها على هذه الحالة الخاصة فى مبدأ التحكير ، كان رأيه فى ذلك من مسائل الموضوع التى لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض .

نقض ٣/٩٤ ق (٣٤/٦/١٤)

□■□

(المبدا ٧) : تقرير الحكم فى اسبابه انه ياخذ باجرة المثل فى تقدير اجرة الحكر .

اذا كان الحكم المطعون فيه قد اورد فى اسبابه انه ياخذ باجرة المثل فى تقدير اجرة الحكر ، كما اورد ايضا انه يقدر مقابل الانتفاع بارض النزاع عن المدة اللاحقة على تاريخ انهاء الحكر بتلك الأجرة كذلك ، وكان تقرير الخبير الذى استند اليه الحكم فى تقدير اجرة الحكر لم يلتزم قاعدة اجرة المثل ، بل اخذ بنظرية النسبة ، ولم تراع فيه الأسس الصحيحة لتقدير اجرة المثل ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

نقض ٣٦/٢٦٨ ق (٧١/١/٥) س ٢٢ ص ١٠

□■□

اجر الخـــــادم

(المبدأ ١) : نفقة خادم الزوجة واجبة على زوجها ، وهى تفرض باقل الكفاية فلا يحتاج فرضها للاستفسار لتعرف حال المدعى عليه .

حيث ان الثابت شرعا وعرفا أنه على الزوج كفاية زوجته ، ومن كفايتها خدمتها وقضاء حاجتها اذا كانت من ذوى المكانة والشرف اللائى لا يخدمن انفسهن عادة او كانت بحيث لا تقدر على ذلك ، وعلى الزوج حينئذ أن يتولى لها هذا بنفسه أو بخادمه مما يسهل عليـه ويتيسر له مختـارا فى ذلك غير محمول على خطة خاصة فيه لئلا يرهق بما لابد منه فى قضاء هـذا الواجب عليه نحو زوجته ، فاذا ما قصر فى خدمة زوجته وماطلها حتى رفعت أمرها الى القاضى وثبت هذا المطل فليس ثمة ما يمنع الحكم عليه باحضار الخادم وحمله على ذلك جزاء مطله وتقصيره وخروجا بالزوجة من عسفه وظلمه ، فاذ تتابع ظلمه فللزوجة أن تحصل منه على أجر الخادم لتكرى به من يقوم بخدمتها ثم لابد لهذا الخادم من نفقـة الطعام والكسوة وهى على مخـدومه يستوفيها منـه فضلا عن الأجرة كما جرى عرف النـاس بذلك ولا سبيل لايجاب هذه النفقة على غير الزوج لما انها من تمام كفاية زوجته الواجبة عليه كما أسلفنا ولا مناص من فرضها عليـه وأمره بأدائها اليها لتتولى بنفسهـا الانفاق على من يخدمها متى لم يكن الزوج ذا مائدة وكلما ظهر للقـاضى مطله شأن نفقة الزوجة يفرضها القاضى على زوجها ويأمره بأدائها اليها لتنفقها على نفسها اذا تحقق من ظلمه ومطله فى قيـامه بالنفقة الواجبة لها عليـه شرعا وحينئذ ففرض النفقة للخادم غير المملوك لا يتنافى مع حكم ظاهر الرواية فى المذهب من أن نفقة خادم الزوجة انما تجب على الزوج اذا كان مملوكا لها فان معنـاه أن الزوج حينئذ لا يملك اخراج خادمها ليقوم بخدمتها بنفســه او بخادمه وانما يحمل والحال هـذه فى خدمتها على حالة خاصة وهى قيـامه بنفقة خادمها المملوك لها فحسب على أن لنا مندوحة من الخروج عن مجاراة حكم ظاهر الرواية ومسايرة الرأى الآخر القائل بأن خادم الزوجة الذى تجب نفقته على زوجها كل من يخدمها سواءكان حرا أم عبدا ملكا لها او له أو لهما أو لغيرهما وسيما بعد أن انقطع الرق والملك واصبح جميع الناس احرارا ، ومن حيث ان المستأنف عليه ليس ذا مائدة وتحقق مطله حتى فرضت عليــه نفقة زوجته المستأنفة وامر بأدائها اليها كما ثبت أن المستأنفة تستحق على زوجهـا المـذكور خادما وحكم عليــه به وبأجرته وتبين ان المقرر المفـرض للمستأنفة عليه لطعامها وكسوتهـا لا يظن أن يكون فيه فضل طعـام يطعمه خادمها ولا فضل كسوة يكسى منه وان عرف الناس جرى مطردا فى مثل هذا

على ان يعتبر للخادم نفقة خاصة من طعام وكسوة فوق ما ياخذه من الأجر الا اذا اشترط عليه شروط فيجب ان يخضع لها ويعمل بموجبها .

ومن حيث ان الواجب فى نفقة الخادم أقل الكفاية دون أن يكون هنالك حاجة الى استفسار فى تعرف حال الزوج يسارا أو اعسارا .

٣٠/٤٧٣ س ك الزقازيق (١١/١٠/٣١) ع ش ٤/٣١٠

□■□

(المبدأ ٢) : يحكم للخادم باجره نظير خدمته ، كما يحكم له بنفقة لطعامه وكسوته .

حيث ان المنصوص عليه فى شرح العناية على الهداية فى باب النفقة ص ٣٢٧ جزء ٣ - فتح القدير على البداية بعد ذلك الموضع بصفحة وفى رد المحتار على الدر المختار فى باب النفقة ص ٦٧١ جزء ٢ وفى البحر ص ١٨٣ جزء ٤ : انه اذا لم يكن للزوجة خادم مملوك لها فعلى الزوج أن يكرى لها خادما لخدمتها فى أحوال ثلاثة وهى : (١) ما اذا كانت مريضة ولا تجد من يمرضها . (٢) أو كانت ممن لا يقمن بالخدمة . (٣) أو كانت تحتاج لذلك لخدمة اولاده فاذا وجب على الزوج فى حالة من هذه الحالات كراء خادم لزوجته فأوجب عليه هو ان يكرى هذا الخادم ويؤدى اجرته وليس بواجب عليه بعددفع اجرته ان يقوم بنفقته علاوة على هذه الأجرة . وقد صرح بذلك ابن عابدين فى حواشى البحر حيث قال : « فاذا لم يكن مملوكا لها فلا نفقة له على الزوج وان كانت محتاجة اليه » مع التصريح فى موضع بانه اذا لم يكن لها خادم مملوك لها واحتاجت لخادم فى حالة من الحالات الثلاثة السابقة فالواجب على الزوج هو كراء الخادم ودفع اجرته ، فمن هذين النصين يثبت أن الخادم غير المملوك لا تجب له نفقة وانما يجب لهالكراء لاغير وهذا معقول من أن النفقة انما تجب بسبب الاحتباس بالنسبة للخادم وامثاله فان الخادم محبوس على منافع مستخدمه واجرته التى كرى بها وهى التى شرطت عند كرائه ولأن الشرع لم يجعل له نفقة فوق هذا الكراء ومثله فى ذلك كل من احتبس لعمل غيره كالقاضى والامام والوصى وناظر الوقف وغيرهم فقد نص على أنهم يستحقون النفقة جزاء احتباسهم على الأعمال التى يقومون بها وقد تسمى هذه نفقة الواجبة لهم اجرة أو ماهية أو مرتبا ولكنها فى لسان الشرع تسمىنفقة وليس المعنى فىتعدد المسمى وانما العبرة للمعانى لا للألفاظ والمبانى ولم يقل احد ولا يستطيع ان يقول ان هؤلاء يستحقون فوق الأجرة أو الماهية أو المرتب نفقة طعام وشراب وياخذونها من بيت المال أو من مال الوقف أو من مال اليتيم ، وقد الغى الحكم استئنافيا على اساس ان العرف

الشـــائع جرى على ان امثـــال هؤلاء الخـــدم يأكلون ويشربون ويكسون من مخدومهم فوق اجرتهم وانتهى الاستئناف الى فرض نفقة شهرية للخادم .
٢٩/١٢٠ س ك طنطا (٣٠/١٠/١٩) م ش ٩٤٦/٢

□■□

(المبدا ٣) : العرف جرى على الفصل بين اجرة الخادم ونفقته .

جرى العرف على الفصل بين أجر الخادم ونفقته ، ففرض أجر للخادم لا يتضمن فرض ما يجب لنفقته .
٢٩/٤٣٧ ك مصر (٣٠/٢/٢٩) م ش ٥١٤/١

□■□

(المبدا ٤) : ما لم يكن الخـــادم مملوكا فلا نفقـــة له ما دام العرف ان الخادم يأكل ويلبس من فضل سيده ويسكن تبعا له .

ومن حيث انه عن طلب نفقـــة الخادم فقد نص الفقهـــاء على أن نفقـــة الخادم انما تجب اذا كان الخـــادم مملوكا للزوجة ولم ينصـــوا على غير ذلك فالمطالبة بنفقة لغيره لا تستند الى دليل فقهى فضلا عن أن العرف الجـــارى بين الناس أن الخادم المستاجر لا يعد له طعام براسه وانما هو يأكل بقـــايا طعام من هو فى خدمته ويلبس قديم ملابســه ويسكن تبعا له والعرف فى الشرع له اعتبار فيما لم يرد فيه نص صريح فطلبها تقدير نفقة قائمة بذاتها له بعد تقرير خمسين قرشا صـــاغا شهريا أجرة له لا يلاقى نصـــا فى الفقه ولا عرفا بين الناس .
٣١/٤٤٦ س ك مصر (٣٢/١/٢٠) م ش ٨٥٧/٣

□■□

(المبدا ٥) : مؤنة الخـــادم من فضل طعام مخدومه فلا تقرر له نفقـــة خاصـــة .

ان العادة قد جرت بان الخادم يأكل مما بقى من طعام مخدومه ولا يكون له طعام على حدته وبان لا تفرض له مؤنة خاصة فيكون حينئذ الحكم بمؤنة الخادم فى غير محل ويتعين الغاؤه .
٣١/٤٤٦ س ك مصر (٣٢/١/٢٠) م ش ٨٥٧/٣

□■□

(المبدا ٦) : نفقة الخادم لا تجب للزوجة الا حيث يكون هذا الخـــادم مملوكا لها ، فاذا لم يكن لها خادم مملوك فعلى زوجها أن يكترى لهـــا خادما ويدفع اجرته لانفقته ، ولا يحتج بجريان العرف على أن الخادم يأكل ويكتسى من مخدومه فوق اجرته فتجب له النفقة او تلاحظ عند فرض نفقةمخدومته، لان هذا عرف خاص لا يصلح ناسخا للنص ولا مقيدا له على أنه اذا كان عاما

لا يكون حجة ايضا لأن حجية العرف مقيدة بما اذا لم تصادم نصا ، اذ النص اقوى من العرف .

بالرجوع الى النصوص الشرعية فى الكتب الفقهية نجد ان نفقة الخادم لا تجب الا اذا كان مملوكا للزوجة ، اذا لم يكن لهـا خادم مملوك لهـا فعلى زوجها أن يكرى لها خادما ويدفع اجرته لا نفقته اذا كانت مريضة ولا تجـد من يمرضها أو كانت ممن لا يخدمن أنفسهن أو كانت محتاجة لذلك لخـدمة اولادها (الجزء الأول من الفتاوى المهدية ص ٤١٨ من باب النفقة ، والجزء الثانى من رد المحتار على الدر المختار ص ٦٧٢ من باب النفقة والجزء الثالث ص ٣٢٧ من شرح العناية على الهداية فى باب النفقة وفتح القدير على الهداية بعد ذلك الموضع بصحيفة والذخيرة والسراجية ، وحواشى البحر لابن عابدين والفتـاوى الهندية فى باب النفقـة) فظهر جليـا من ذلك أن خادم الصغير لا يستحق نفقة ولا يقال ان العرف قد جرى على أن الخـادم يأكل ويشرب ويكتسى من مخدومته فوق اجرته والأحكام تبنى على العرف كما فى البحر عن الكافى فتجب له النفقة او تلاحظ نفقته عند فرض نفقـة مخدمه لأن العرف اذا كان خاصا فانه لا يصلح ناسخا للنص ولا مقيـدا له ، فاذا كان ناسخـا أو مقيـدا للنص فلا اعتبـار له ، واذا كان العرف مشـتركا فقـد ذكر فى المستصفى انه لا يصح الرجوع اليه ، ولا يصلح مقيدا للنص ، واذا كان عاما فانه يكون حجة ما لم يصادم نصا ، وفى الفتح أن النص أقوى من العرف لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعـارف أهل زماننـا فى اخراج الشـموع والسرج الى المقابر ليالى العيد ، والنص بعـد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولأن العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه السـلام (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) ص ١٤ ، ١٥ ، ١٨٩ جزء ٤ من حاشية ابن عابدين .

٣٨/٧٧ فوة (٣٨/١/٩١) ت س   م ش ١٤٩/١/٩

□■□

(المبدا ٧) : لا يصح فرض اجرة خادم للصغير الذى فى حضـانة امه ما دام قد حكم بأجرة خادم لها وما دامت حال المدعى عليـه لا تسمح باكثر من خادم .

وحيث ان الحكم المستانف غير صحيح بالنسبة لأجرة خادم للصغيرين لانه لا معنى لفرض أجرة خادم لهمـا مع فرضها لأمهما وهما مقيمان معهـا وحالة المدعى عليه لا تساعد على أكثر من خادم واحد .

٣١/١٠١٩ س ك مصر (٣٢/٤/٢٥)   م ش ١٣٢/٥

□■□

اجر مسكن حضانة

(المبدا ١) : مكان الحضانة محل اقامة الزوجين ـ حال قيام الزوجية بينهما ـ وقت الفرقة سواء اكانت الحاضنة اما ام غيرها .

جاء فى البدائع أن مكان الحضانة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية قائمة حتى لو اراد الزوج أن يخرج من البلد واراد ان ياخذ ولده الصغير ممن له حق الحضانة من النساء فليس له ذلك حتى يستغنى ـ جاء بالهندية عن المحيط انه اذا وقعت الفرقة بين الرجل وامراته وارادت أن تخرج بالولد الى مصرها ولم يكن عقد النكاح قد وقع فيه فليس لها ذلك الا أن يكون بين مصرها وموضع الفرقة قرب ـ وجاء بالدر عند الكلام على انتقال الحاضنة بالصغير وبيان ما تمنع منه قوله (كما يمنع الأب من اخراجه من بلد امه بلا رضاها ما بقيت حضانتها) وعلق ابن عابدين فى رد المحتار على قوله (يمنع الأب من اخراجه) بقوله اى الى مكان بعيد او قريب يمكنها أن تبصره فيه ثم ترجع لأنها اذا كان لها حق الحضانة يمنع من اخذه منها فضلا عن اخراجه ، وعلق على قوله : « من بلد امه » بقوله الظاهر أن غيرها من الحاضنات كذلك ـ ويفهم من هذا أن مكان حضانة الأم ولدها هو محل اقامة الزوجية وقت الفرقة ـ اما مكان الحضانة بالنسبة لغير الأم فهو مكانها بالنسبة لها أيضا ويدل على ذلك من النصوص المذكورة ما ياتى :

١ ـ التعميم فى صاحبة الحق من النساء الذى جاء بآخر عبارة البدائع من أن الزوج لو اراد ان يخرج من البلد واراد ان ياخذ ولده الصغير ممن له حق الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغنى .

٢ ـ تعليق ابن عابدين على عبارة الدر من ان الأب يمنع من اخراجه من بلد امه بلا رضاها ما بقيت حضانتها ـ بأن الظاهر ان غير الأم من الحاضنات كالأم ـ ولو قلنا أن مكان الحضانة هو محل اقامة الأب كلما انتقل للزم عليه اخراج الأب لولده من بلد حاضنته وهذا محظور بمقتضى نص البدائع ـ على انه لو جاز أن يكون محل الحضانة هو محل اقامة الأب فى اى وقت كان ـ لكان فى يده بمقتضى ذلك ابطال حق الحاضنة بانتقاله من مكان الى آخر .

١٨١/٤٤ قنا (١٨/٢/٤٥)   م ش ١٨/٤٢

□■□

(المبدأ ٢) : مكان الحضانة الذى يتعلق به حق العاصب هو محل الاقامة الثابت له وقت المطالبة بالانتقال بالصغير .

مكان الحضانة الذى يتعلق به حق العاصب وهو محل اقامته الذى ثبت له وقت مطالبته الحاضنة بالانتقال فى هذا المحل ـ فاذا تغير محل اقامته وطلبها الى المكان الآخر الذى انتقل اليه كان لها حينئذ فقط أن تدفع بعدم أحقيته فى ذلك لأن حقه قد ثبت فى محلة معينة كما لو طالبها بالانتقال الى مكان محدد مثلا .

٣٤/٩٧٢ تلا (٣٥/١٢/٢٥) م ش ٧/٣: ٥٠

□■□

(المبدأ ٣) : المقرر شرعا ان السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة ويراعى عند تقديرها حالة المدعى عليه .

المنصوص عليه شرعا أن من لها امساك الولد وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناها وسكنى الولد ومنه يتبين أن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة ومادامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر .

جرى العمل والعرف على عدم تجزئة المفروض لأجر الخدمة ومسكن الحضانة فاذا فرض للحاضنة أجرتى خدمة ومسكن حضانة صغار ثم توفى احدهم فانه لا يجوز طلب ابطال ما أصاب الصغير المتوفى فى هذه الأجرة لأن السكنى واجبة للحاجة وهى قائمة فالوجوب مستمر ـ لأن من تخدم شخصا تخدم اكثر والأجر واحد . وقد جرى العرف أيضا على أن أجرة الخادم لا تزداد بزيادتهم فلا تنقص ايضا بنقصانهم والعرف له اعتباره عند الفقهاء .

٥٢/٢١٤١ ميت غمر (٥٣/١/٦) م ش ٢٥/٩٦

□■□

(المبدأ ٤) : ليس للحاضنة اجرة مسكن حضانة اذا كانت سكناها على زوجها الذى هو محرم للصغير .

وحيث أن الحكم الشرعى أن الحاضنة تكون لها أجرة مسكن تمسك فيه الصغيرة اذا لم يكن لها مسكن تسكنه ـ وحيث ان معنى هذا أن الحاضنة اذا كان لها حق السكنى بسبب من الأسباب الشرعية كحق السكنى فى بيت موقوف عليها أو مملوك لها أو واجب لها على زوجها او على من تجب نفقته عليه فلا يكون لها فى هذه الحالة اجرة مسكن تمسك فيه الصغيرة شرعا ـ وحيث انه لذلك يتعين رفض اجرة المسكن .

٣١/١٠٢٤ بورسعيد (٣٢/٥/١٦) م ش ٣/٩٢١

□■□

(المبدأ ٥) : سكنى الحاضنة من نفقتها فهو عليها والولد يسكن تبعا لها فانه لا يسكن استقلالا لأن المنتفع بالمسكن هى اولا وبالذات والولد ثانيا بالتبع .

الحاضنة حكمها حكم الأجير المشترك الذى ليس على المستاجر له الا اجر عمله فانها قد تكون حاضنة لأولاد اجناف « وهم من تكون امهم واحدة وآباؤهم شتى » وقد تكون حاضنة لجملة أولاد منها أو من غيرها آباؤهم مختلفون فليس على كل اب الا اجر العمل وهو أجر الحضانة ومما يدل على أن المسكن انما هو للحاضنة لا للصغير فان الصغير يسكن تبعا لها استقلالا اذا كان للحاضنة زوج محرم للصغير فلا يفرض لها أجرة مسكن لأن مسكنها ونفقتها على زوجها ما زالا الا ان المسكن للكبير لا للصغير والا لوجب فى جميع الأحوال ولو بمقدار ما يخصه .

ومن حيث ان المسكن لو كان للصغير لما اختلف فيه الفقهاء ولوجب على من تجب عليه نفقته فى جميع الأحوال كما تجب عليه نفقته غير انهم جعلوا المسكن للكبير والصغير ليسكن تبعا له لا استقلالا حتى يجب على ابيه أجرة مسكنه وعلى ذلك فمسكن الحضانة ليس من نفقة الصغير والا لوجب دائما .

المسالة التى اختلف الفقهاء فيها واعطى للحاضنة فيها حق اجرة المسكن هى حالة استغنائه ولذا كانت محل خلاف فرضت فيما لو كانت الحاضنة لا مسكن لها يمكنها أن تحضن فيه الصغير . ففى هذه الحالة قالوا ان عليه رفقا بها سكناهما جميعا ففى الدر المختار ما يأتى ص ٦٥٤ فى باب الحضانة - سئل ابو حفص عمن لها امساك الولد وليس لها مسكن مع الولد فقال على الأب سكناهما جميعا - وقد علق عليه العلامة ابن عابدين فى رد المحتار قال بعد نقل الخلاف والحاصل : أن الأوجه لزومه لما قلنا لكن هذا انما يظهر لو لم يكن لها مسكن اما لو كان لها مسكن يمكنها ان تحتضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا لعدم احتياجه اليه فينبغى ان يكون ذلك توفيقا بين القولين ويشير اليه قول ابى حفص : «ليس لها مسكن» ولا يخفى ان هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل « والله الموفق » واذن فلا يجب لها اجرة المسكن متى كان لها مسكن يمكن أن تحضن فيه الصغير لسكنه تبعا لها ولقد توسع فى هذا بعض الفقهاء بعض التوسع فى الامكان فجعلوا لها الحق اذا كانت محتاجة لايجار المسكن للصرف منه على نفقتها وهو توسع حسن ويحتمله لفظ الامكان مع بعض التوسع .

٣٩/٣٥٤ س ك الاسكندرية (٢١/٥/٤٠) م ش ١٥/٢٥٥

□■□

(المبدأ ٦) : سكن الحاضنة فى بيت زوجها مانع من طلب تقرير اجرة مسكن للحضانة لأن الولد تابع لها ولا يشترط فى سكنها ملكيتها له .

بالنسبة لأجرة المسكن فقد ذكر ابن عابدين فى الجزء الثانى فى مطلب لزوم أجرة مسكن الحضانة الأوجه لزومها على من تلزمه نفقته ثم قال ولكن هذا انما يظهر لو لم يكن لها مسكن اما لو كان للحاضنة مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا لزوم لعدم حاجة الصغير اليه الى أن قال ولا يخفى ان هذا هو الأرفق بالجانبين فليكن عليه العمل - وقد ثبت بالبينة الشرعية أن المدعية تسكن فى منزل زوجها وتقيم معها الصغيرة فيه فتكون الصغيرة فى هذه الحالة غير محتاجة الى مسكن لسكناها تبعا لسكنى الحاضنة وهذا هو الذى يتعين فهمه من عبارة ابن عابدين المذكورة اذ ليس معنى قول الفقهاء أن الحاضنة لو كان لها مسكن لا تجب أجرة السكن على والد الصغير - اى مسكن مملوك والا لما فرض لها هذه الحالة فرض أجرة مسكن لها فاذن يتعين أن المراد بقولهم مسكن اى لها حق السكنى فيه بأن كان مملوكا لها او موقوفا عليها أو تسكن فيه مع زوجها .

٣٢/١١٧٢ بورسعيد (٣٣/٧/٢٢) ت س م ش ٥/٥٨١

□■□

(المبدأ ٧) : هل تلزم الحاضنة بالاقامة مع الصغير فى منزل يحضره لها والد الصغير .

لا تلزم الحاضنة بالاقامة مع الصغير فى منزل يحضره لها والد الصغير بل لها شرعا أن تطلب بدل المسكن اجرة مسكن - كما ان للزوجة ان تطلب بدل المسكن اجرة مسكن ولغير الزوجة هذا الحق كذلك طبقا للنصوص الشرعية - ولما جرى عليه العمل فى المحاكم ففى لسان الحكام ص ١٢٧ بهامش معين الحكام (وان قال لامرأته لا انفق على احد من خدمك ولكن اعطى خادما من خدمى ليخدمك فابت يجبر منى نفقة خادم من خدامها) فدل هذا النص على أمرين الأول - وجوب نفقة الخدم على من يجب عليه نفقة المخدوم وثانيا - وجوب اجرة الخادم بدل نفس الخادم - ومثل اجرة الخادم اجرة مسكن الحضانة وفى الزام الحاضنة ان تسكن فى مسكن معين يحضره لها والد الصغير اضرار بها بسبب ولدها وهو لا يجوز شرعا .

٤٣/٤٨٥٧ ت س مصر (٤٥/١٢/٣٤) م ش ٣٣/٣/١٦

□■□

(المبدا ٨) : ملك الحاضنة مسكنا فى بلد غير التى تقيم بالصغير فيها لا يمنع فرض اجرة مسكن حضانة على من تجب نفقته عليه .

ان المنصوص عليه شرعا ان المسكن يجب للحاضنة اذا لم يكن لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا لعدم احتياجه اليه (راجع حاشية ابن عابدين على الدر جزء ٢ مطلب لزوم أجرة مسكن الحضانة فى باب الحضانة) فاذا كان للحاضنة مسكن فى بلد غير بلد الحضانة الشرعى فانها فى هذه الحالة لا يمكن الزامها بالانتقال للسكنى فيه فيتعين وجوب المسكن لها على من تلزمه نفقة الصغير .

٣٠/٩٦٥ س ك مصر (٣١/٦/٨) م ش ٨٥٥/٢

□■□

(المبدا ٩) : مجرد ملكية الحاضنة لمسكن لا يكفى لاعفاء من تجب عليه نفقة الصغير من اجرة مسكن حضانته بل لا بد ان تكون ساكنة فيه بالفعل ويسكنه الصغير تبعا لها .

حيث انه مع افتراض التسليم بانها تملك مسكنا فان الثابت من اقوال المدعى عليه انها لا تسكن فيه وانما تسكن فى منزل آخر غير مملوك والمقرر شرعا ان مجرد ملكية الحاضنة لمسكن لا يكفى وحده لاعفاء من تجب عليه نفقة الصغير من أجر مسكن بل يشترط لذلك أن تكون ساكنة فيه بالفعل ويسكن الصغير تبعا لها فيه ومن ثم يكون الدفع فى غير محله .

٣٧/١٧٨٠ س ك مصر (٣٨/٦/٦) م ش ٤٨/٣/١١

□■□

(المبدا ١٠) : كما انه لا يمكن تعدد مسكن الحضانة والخادم بتعدد الصغار لا يتجزأ كذلك اجر المسكن والخادم المفروض لهم جملة .

ليس فى الفقه ولا فى الوضع ما يجيز تعدد مسكن الحضانة او اجر الخادم بتعدد الأولاد فلا يتجزأ اجرهما بالزيادة بضم صغير الى الحاضنة او النقص بانفصال بعض الأولاد عنها وضمه الى الأب كذلك والا أدى الى مضارة الأب وارهاقه فى الأول ومضارة الحاضنة فى الثانى بتضييق مسكن الحضانة او انقاص اجر الخادم والضرار منتف (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) فاذا طلبت الحاضنة اكثر من مسكن أو طلبت لكل صغير خادما لا تجاب الى ذلك مراعاة لحق الأب كما انه اذا طلب الأب ابطال ما خص الولد المضموم من أجر فى المسكن والخادم المفروض للأولاد جملة لا يجاب الى ذلك مراعاة لحق الأم وفى الوقت نفسه مراعاة لحق الصغير الذى لم يضم

فان تجزئة اجرة الخادم وتضييق مسكن الحضانة يؤدى بحتما الى تفويت مصلحة الصغير المحضون خصوصا اذا كان أكثر من صغير اذ يكلفون حينئذ التنقل بين حين وآخر من مسكن لائق الى مسكن غير لائق تبعا لنقص الأجرة كلما زاد عدد الصغار المضمومين الى الأب وقل عدد المحضونين بيد الحاضنة كما تسوءحالتهم بتنقيص أجر الخادم ، وقد لا يوجد من يخدمهم باقل من هذا الأجر فيتضرر الصغار ومدار الحضانة على نفع المحضون وحقه مقدم فى الاعتبار على غيره خصوصا اذا كانت الأجرة مفروضة لهم جملة بدون بيان فانها حينئذ تكون مضافة الى المسكن والخادم لا تنفك عنهما الا اذا انتهت مدتهم جميعا واصبحوا فى يد الأب فيتعين عدم المساس باجرتى الخادم والمسكن .

٣٦/٤٨ جرجا (٣٦/١٢/٢١) ت س م ش ٣٧/١٠

□■□

(المبدأ ١١) : الصلح على اجرة مسكن حضانة الصغير مع العلم بان الحاضنة لا تملك مسكنا مانع من طلب اسقاطها لأن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخلافات فيصار ما أمكن لتصحيحه صونا لتصرفات العقلاء .

حيث أن مسكن الحضانة مختلف شرعا فى وجوبه على من تجب عليه نفقة الصغير وقد اختلف الشراح فى ذلك ووفق العلامة ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار بباب الحضانة بأن الأوجه لزومه لو لم يكن للحاضنة مسكن أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الصغير ويسكن تبعا لها فلا لعدم احتياجه اليه وقال عن هذا التوفيق انه الأرفق للجانبين .

ومن حيث ان اجرة المسكن فى هذه الدعوى قد فرضت صلحا بين الخصمين فى وقت كانت تملك فيه المدعى عليها الحصة التى بينها المدعى بالارث عن والدها المتوفى قبل ذلك . ومن المقرر شرعا ان الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة وان يتاول ما أمكن لتصحيحه صونا لتصرف العقلاء عن الالغاء وتصحيح هذا الصلح ممكن ببنائه على القول بلزوم المسكن فى الحضانة مطلقا وبذا يكون التزاما لما هو لازم شرعا فلا يتجه ما قالته محكمة أول درجة من أنه التزام لما لا يلزم وذلك نظير ما فى نفقات الهندية من الفصل الرابع عن الذخيرة ولو صالحت المراة زوجها عن أجرة الرضاع على شىء ان كان الصلح حال قيام النكاح او فى العدة عن طلاق رجعى لا يجوز وان كان الصلح فى العدة عن طلاق بائن أوثلاث جاز على احدى الروايتين) على ان ابن عابدين حين وفق بين الترجيحين السالفين قال عن توفيقه انه الأرفق للجانبين ومتى فرض المحكوم له باختياره اجرة المسكن للحاضنة التى تملك مسكنا وهو بالضرورة أدرى بذى الحاجة من الجانبين الى الرفق وجب ان

يفسر حينئذ صلحه بحمل حاله على الاعتقاد بأن مسكنها لا يدفع حاجة الصغير الى السكن لعدم كفاية سكنها أو لعدم استغنائها عن منفعته وأن ما فرض لمسكن الصغير ليس الا لدفع هذه الحاجة فيكون ما صنعه بهذا الصلح بلا شك هو الأوفق ويكون رجوعه بعد ذلك عدولا عما هو الأوفق الى ما هو اضرار بالحاضنة فلا يتفق مع ما قال عنه ابن عابدين (انه الأوجه فلا تسمع الدعوى به) .

٣٢/٢٤٩٦ س ك مصر (٣٣/١٠/١٩) م ش ٥/٣٤٧

□■□

(المبدا ١٢) : التبرع للحاضنة بالسكنى لا يوجب منعها من الاستيلاء على اجرة مسكن حضانة ممن فرضت عليه .

حيث ان تبرع والد المدعى عليها بمسكن الحضانة على فرض صحته لا يصلح موجبا لمنعها من الاستيلاء على أجرة المسكن كاملة فان والدها متبرع لها وليس للمحكوم عليه وله أن يرجع عن تبرعه هذا متى شاء وأن المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة للصغير الفقير لا تمنع من طلب السكنى الا اذا كانت تملك مسكنا تحتضن فيه الصغير فلم يكن تبرع كائن من كان لها بالسكنى يمنع من ذلك شرعا .

٣٧/٤٥٧ اسنا (٤٨/٣/٣٦) ت س م ش ٩/٣٦٢

□■□

(المبدا ١٣) : اجرة مسكن الحضانة من نفقة الصغير وليس للحضانة فتجب على من وجبت عليه نفقته .

لا خلاف بين فقهاء المذهب فى أن النفقة هى الطعام والكسوة والمسكن ففى الخلاصة قال هشام : سألت محمدا عن النفقة فقال : الطعام والكسوة والسكنى وقال الوافى حاشية الدر أنهم قالوا النفقة والسكنى توأمان لا ينفك احدهما عن الآخر — وفى شرح النقاية للباقلانى عن البحر المحيط عن مختارات ابى حفص سئل عمن لها امساك الولد وليس لها مسكن مع الولد هل على الأب سكناهما وسكنى ولدها قال نعم سكناهما جميعا . وسئل نجم الأئمة البخارى عن المختار فى هذه المسالة فقال المختار أن عليه السكنى فى الحضانة واعتمده ابن الشحنة — بيد أن بعض الفقهاء حكى خلافا فى وجوب أجرة المسكن على من وجبت عليه نفقة الصغير فقد جاء فى جامع التفاريق « لا تجب فى الحضانة اجرة المسكن الذى تحضن فيه الصبى وقال آخرون تجب ان كان

للصبى مال والا فعلى من وجبت عليه نفقته واختار فى النهر ما فى التفاريق فقال : وينبغى ترجيحه وعلل ذلك بقوله اد وجوب أجرة الحضانة لا يستلزم وجوب اجرة المسكن بخلاف النفقة وقال الخير الرملى فى حاشيته على البحر قال القرى : وأما لزوم مسكن الحاضنة فاختلف فيه والأظهر لزوم ذلك كما فى بعض المعتبرات . وبما أن النص الفقهى فى القول عن أصحاب الرأيين يقتضى الاخذ بالقول ... الاصلاح وهو وجوب اجر مسكن الحضانة على من وجبت عليه نفقة الصغير لان مسكنه من نفقته وليس لحاضنته قال العلامة ابن عابدين فى حاشيته على تنوير الابصار وشرحه ص ٦٨٥ من الجزء الثانى عند الكلام فى هذا الموضع تعليقا على ترجيح صاحب النهر المشار اليه قلت صاحب النهر ليس من أهل الترجيح فلا يعارض فى ترجيحه ترجيح نجم الائمة ولا سيما ضعف تعليله فان القول بوجوب اجر مسكن الحضانة ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تسكن عند غيرها فكيف يلزمها اجرة مسكن لتحضن فيه الولد بل الاوجه لزومه على من تلزمه نفقته فان المسكن من النفقة وبما أنه من هذا وما نقلناه أولا من ترجيح نجم الأئمة البخارى ومن تفسير المذهب للنفقة يؤخذ أن ظاهر المذهب أجرة مسكن الحضانة من نفقه الصغير وهى واجبة على من وجبت عليه نفقته مطلقا وان ما ذهب اليه ابن وهبان والطرسوسى عن عدم لزوم اجرة المسكن لا يعتد به والا لزم ضياع الولد اذا لم يكن للحاضنة مسكن وقد ذهب ابن عابدين فى رسالته الابانة عن اخذ الأجرة على الحضانة وفى حاشيته على التنوير وشرحه الى انه ينبغى الافتاء رجحه فى النهر اذا كان للحاضنة مسكن وقيد هذه الحالة الوحيدة فى حاشيته المذكورة بأن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها وقال ان هذا توفيق بين القولين وأرفق للجانبين يسير الى هذا قول أبى حفص المار (وليس لها مسكن) واستدلال ابن عابدين فى التوفيق بهذه العبارة (وليس لها مسكن) ليس فى موضعه لانه ظاهر مخالفته مما نقله الباقلانى أن هذه العبارة (ليس لها مسكن) من سؤال المستفتى لا قولا لأبى حفص وان ما جاء عنه جواب عن حادثة معينة وليس نصا فيما فهمه ابن عابدين من كلام السائل وانه بعد ما أشار اليه ابن عابدين من الاستدلال فى التوفيق بين القولين نجد أن الأظهر ان أجر السكن واجب على من وجبت عليه نفقة الصغير لأنه جزء من النفقة وانه لا يجب فى حالة واحدة وهى اذا ملكت الحاضنة مسكنا وسكنته فعلا ومعها الصغير فتكون سكناه تبعا لها فقد ظهر أيضا أن هذه الحالة اخذا بالأرفق فلا يتوسع فيها بل يقتصر على موضعها نصا » .

٥١/٣١٠٢ السيدة (٥٢/١/١٥) م ش ١٠٧/٤

□■□

(المبدأ ١٤) : مفهوم قول الفقهاء اذا لم يكن للحاضنة مسكن مع الولد فعلى الأب ـ سكناهما معا ـ رجح ابن عابدين وجوب سكنى الحاضنة على والد الصغير وقال انه الأوجه والأرفق .

المفهوم من قول الفقهاء اذا لم يكن للحاضنة مسكن مع الولد فعلى الأب سكناها ، ان الحاضنة اذا لم تكن تملك مسكنا وتقيم فعلا مع الولد فعلى ابيه سكناهما ذلك بأن حمل اللفظ على حقيقته أولى من حمله على المجاز اذ الأصل الحقيقة ـ والمجاز لا يصار اليه الا بقرينة ولفظ المسكن اسم مكان من سكن وهو حقيقة فى المكان المسكون فعلا فجاز فى سواه واللام فى قولهم اذا لم يكن لها مسكن للملك على الحقيقة لأن ذلك هو الأصل كما قدمنا ـ وقد جرى العرف على اطلاق لفظ سكن على المكان المسكون فعلا فيقال لفلان سكن بجهة كذا اذا كان يقيم فيه فعلا فالعرف فى الشرع مقيد والثابت به كالثابت بالنص .

٤٢١٥/٤٠ س ز مصر (٤٢/٢/١٤) م ش ٥١/٤/١٣

□■□

(المبدأ ١٥) : ملك الحاضنة مسكنا لا يمنع من فرض اجرة مسكن لها متى ثبت أنها لا تسكن فيه وانها تسكن بالأجر .

الاجماع الفقهى على أن أجرة مسكن الحضانة من نفقة الصغير وان نفقته واجبة على ابيه لا يشاركه فيها أحد وانه لا يجب على الأم شىء من هذه النفقة ولو كانت موسرة ما دام أبوه موجودا ولو فقيرا . والاجماع الفقهى ايضا على انه كلما اندفعت حاجة الصغير بنوع من انواع النفقة سقط هذا النوع عن ابيه فلو اكل من مساءلة الناس لا يجب عليه اى شىء من نفقة طعامه لاستغنائه حينئذ ولو استغنى عن المسكن بسكناه مع حاضنته فى مسكن لا مؤونة عليها فيه لا يجب على ابيه اجرة مسكن ـ وعلى هذا لو كانت الحاضنة تسكن فى ملكها او فى وقف هى مستحقة فيه أو عند غيرها لا مؤونة لسكناها وسكن الصغير تبعا لها لا تستحق أجرة مسكن اجماعا .

اما اذا كانت تسكن بالصغير باجر فانها تستحق هذا الأجر على ابيه ولو كانت تملك مسكنا تستغله ولا تلزم بالسكنى فى بيتها لأنه يترتب على الزامها امران :

١ ـ ارهاقها وايجاب شىء من نفقة الصغير فى وقت لا يجب عليها فيه شىء .

٢ ـ الزامها بالاقامة فى مكان معين وكلا الأمرين غير جائز شرعا بل كان الواجب ان تعطى أم الصغير جميع ما يلزمها من النفقة عملا بقوله تعالى«وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له

بولده » وفى حرمان الحاضنة من الانتفاع بغلة ما تملكه لتسكن فيـه بالصغير منتهى المضارة التى نهى الله عنها .

ولا سيما وان الغالب فى الحاضنات اللائى يطلبن فرض اجرة مسكن ان يكن من الحال بحيث لا يستطعن الاستغناء عن اجور ما يملكن لشدة حاجتهن الى ايراده للانفاق على أنفسهن . والخلاصة ان امتلاك الحاضنة مسـكنا فى البلد الذى تحضن فيه الصغير وعدم سكناها بالصغير فيه واستغلاله لحاجتها لا يمنع من فرض أجرة المسكن وأمر والد الصغير بأدائه — ومن يتأمل فيمـا كتبه ابن عابدين فى هذا الموضوع بعين الانصاف ولا يتشبث بالتقليد ويدعه وراء ظهره لا يسعه الا أن يرى هذا الراى لأنه يلزم من يفهمه على ظاهره — وهو أن مجرد الملك للمسكن فى بلد الحضانة مانع من فرض اجرة المسكن — أن يقول أن الحاضنة الفـائقة فى اليسار بما تملكه من ضياع وعقـار خارج بلد الحضانة وتستحق اجرة المسكن ثم تحرم منه البائسـة التى تملك حصة فى منزل فى بلد الحضانة وهى أحوج ما تكون الى ايرادها ولا يقول بذلك فقيه فضلا عن قاضى منصف — ويلزم أيضا ان يقول أن الحاضنة اذا كانت تملك أرضا زراعية واسعة ذات ايراد وافر فى بلد الحضانة وتستأجر من ايرادها مسكنا فانها لا تستحق اجرة مسكن اذ لا فرق بين ملك المنزل وملك الأرض الزراعية ولم يقل ذلك أحد من الفقهاء .

٣٩/٢٤١ كرموز (١٨/١/٤٠) م ش ١٢/٣/٧٥

□■□

(المبدأ ١٦) : لا يمنع امتلاك الحاضنة مسـكنا فى البلد الذى تحضن فيه الصغير من انحكم على أبيه باجر مسكن للحضانة متى ثبت احتيـاجها لاستغلال ما تملك .

الاجماع الفقهى على ان أجرة مسكن الصغير من نفقته وان نفقته واجبة على ابيه لا يشاركه فيهـا احد وانه لا يجب على الأم شىء من هذه النفقـة ولو موسرة ما دام أبوه موجودا ولو فقيرا وأنه كلمـا اندفعت حاجة الصغير لنوع من النفقة سقط عن أبيه حتى لو اكل من مساءلة الناس لا يجب عليه شىء من نفقـة طعامه لاستغنائه حينئذ فلو استغنى عن المسكن لسكنـاه مع حاضنته فى مسكن لا مؤونة عليها فيه لا يجب على ابيه اجرة مسكنه .

وعلى هذا لو كانت الحاضنة تسكن فى ملكها أو عنـد غيرها بلا مؤونة لسكناها وسكن الصغير تبعا لها لا تستحق أجرة مسكن أما اذا كانت تسكن

بالصغير بأجر فانهـا تستحق هذا الأجر على ابيـه ولو كانت تملك مسكنـا تستغله ولا تلزم أن تسكن بيتها لأنه فضلا عما فيه من الزامها بالاقامة فى مكان بعينه وهو لا يلزمها ، فان فيـه ارهاقا للأم وايجابا بشىء من نفقـة الصغير عليها فى وقت لا يجب عليها فيه شىء وكلا الأمرين غير جائز شرعا ، بل كان الواجب أن تعطى أم الصغير جميع ما يلزمها من النفقة عملا بقوله تعـالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » وفى حرمان الأم من الانتفـاع بغلة ما تملكه لتسكن فيـه الصغير منتهى المضارة بها اذ الغالب والكثير فى الحاضنات اللائى يطلبن أجرة المسكن أن يكن من رقيقات الحال لا يسعهن الاستغناءعن أجور ما قد يملكن لشـدة حاجتهن الى ايراده للانفاق على انفسهن ولو ان المحاكم كانت تفرض نفقـة للحاضنات على من يجب عليه نفقة الصغير لسلمنـا بأن مجرد ملك المسكن كاف لحرمانهن من اخذ أجرة المسـكن ، أما والمحاكم لا تفرض للحـاضنات الا أجرا يسيرا لا يدفع حاجتهن الى النفقة فلا يجوز مطلقا ارهاقهن بالحرمان من أجرة المسكن اذا كن يملكنه ولا يسكن فيه ومن يتأمل فيما كتبـه العلامة ابن عابدين فى هـذا الموضوع بعين الانصـاف ويدع التقليـد وراء ظهـره ولا يتشبث بأهداب كلمة جاءت عفوا فى عبارة لا يسعه الا أن يرى ما رأيناه والا لزم أن الحاضنة الفائقة فى اليسار بما تلم من ضياع وعقـار خارج بلد الحضـانة تستحق أجرة مسكن ثم تحرم منه البـائسة التى تلم حصة فى منزل ليس لهـا مورد رزق سوى ايرادها ولا يقول بذلك فقيـه ولا قاضى منصف .

٣٤/١١٣٧ س ل مصر (٣٦/٥/٢٢)　　　　م ش ٨١٢/٧

□■□

(المبدأ ١٧) : لا يلزم الأب باجرة مسكن الحاضنة اذا كان لها مسكن وهـذا استثناء من قاعدة نفقـة الصغير على والده لا يشاركه فيهـا غيره والاستثناء يجب الوقف فيه عند النص .

النص أن يكون للحاضنة مسكن . ولفهم هـذا النص فهما صحيحـا ينبغى أن نذكر أننا لم نجد فى كتب الفقه التى اطلعنا عليها فى هـذا الموضوع وهى كثيرة تعبيرا بغير كلمة مسـكن فلم نجد من الفقهاء من عبر بكلمـة دار أو بيت أو منزل مثلا فيجب اذن أن يكون لاختيار هـذه الكلمة بالذات وهى كلمة مسكن فى قولهم اذا كان للحاضنة مسكن فليس على الأب أجرة مسكن للحاضنة معنى خاص وقد بحثنا فى مدلول هذه الكلمة لغة فتبين انهـا انما تستعمل فى المكان المشغول فعلا بالسكنى بدليل قول الله تعالى حكاية النمل:

« قالت نمله يا ايها النمل ادخلوا مساكنكم » عبر بالمساكن وهى جمع مسكن دون البيوت أو الدور او المنازل مثلا لأن النمل كانوا يسكنونها فعلا وقوله تعالى : « وسكنتم فى مساكن الذين ظلموا انفسهم » وقوله تعالى : «ويمشون فى مساكنهم » وقوله تعالى : « لقد كان لسبأ فى مسكنهم آية » فكلمة مسكن انما تدل لغة على المكان المشغول فعلا بالسكنى ، ولا كذلك البيت والدار والمنزل بدليل قوله تعالى : « واوحى ربك الى النمل أن اتخذى من الجبال بيوتا » ومثل ذلك « وتتخذون من الجبال بيوتا » فالمسكن اخص من البيت والدار والمنزل ودلالته على ما ذكر حقيقة لغوية ـ والعرف جرى ايضا على اطلاق كلمة المسكن على المكان المشغول فعلا بالسكنى فيقال لعلان مسكن بجهة كذا اذا كان يقيم فعلا فيه . والعرف معتبر شرعا والثابت به كالثابت بالنص وما دام المعنى اللغوى الوضعى لكلمة مسكن هى ما ذكر وهو الأصل والأصل الحقيقة فينبغى أن يكون المراد من كلمة مسكن المكان المشغول فعلا بالسكنى حملا للفظ على حقيقته اذ المجاز لا يصار اليه الا بقرينة ولا قرينة على ارادة المجاز وكذلك الشأن فى معنى اللام فى قول الفقهاء اذا لم يكن (للحاضنة) مسكن فعلى الأب السكنى فانها للملك حقيقة والأصل الحقيقة كما قدمنا وقد يراد ملك العين والمنفعة معا او ملك المنفعة فقط ليشمل سكنى الحاضنة فى دار موقوفة عليها للسكنى ـ فان قيل ان الفقهاء لا يريدون هذا المعنى قلنا ان المعنى المذكور هو ما تدل عليه كلمة المسكن واللام فى قول علماء الفقه (اذا كان للحاضنة مسكن فليس على الأب مسكن الحضانة) بحسب الموضع اللغوى الحقيقى وهو الأصل وغيره مجاز لا يصار اليه الا بقرينة ولا قرينة على ارادة غير المعنى الحقيقى وبناء على ذلك ينبغى أن تكون أجرة مسكن حضانة الصغير الفقير على والده الا اذا كانت الحاضنة تملك مسكنا وتقيم فيه فعلا فليس على الأب سكناها ، فاذا كانت تقيم فى منزل غير مملوك لها أو كانت تملك منزلا لا تقيم فيه فعلى الأب سكناها والصغير معها والقول بأن حاجة الصغير الى المسكن ما زالت بسكناه مع امه الحاضنة فى منزل والدها أو زوجها عم الصغير مثلا يأباه للفقه .

٤٣/٤٨٥٣ س ك مصر (٤٥/٢/٢٤) م ش ١٦/٣/٣١

□■□

(المبدأ ١٨) : زوال يد الحاضنة عن بعض الصغار لا يوجب تخفيض اجرة المسكن اذا ظهر أن المفروض لها اقل من الكفاية .

المنصوص عليه شرعا أن من لها امساك الولد وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكناها وسكنى الولد . راجع حضانة الحامدية ـ وظاهر ان

السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة ورفع الضرر وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر ـ والاصل فى ذلك اعداد المسكن ممن وجبت عليه السكنى واذا لم يتحقق هذا الأصل فانه يصار الى خلفه وهو فرض أجرة المسكن واذ ذاك تكون الحاضنة كأنها نائبة عن الأب فى اعداد المسكن بتلك الأجرة ويكون انتفاعها به مع المحضون على سبيل الشيوع وهذا الشأن مما يختلف فيه السكنى عن الطعام والكساء حيث لا شيوع فيهما .

٣٧/٤٥٧ اسنا (٣٨/٣/٢٦) م ش ٢/٣٦١

□■□

(المبدا ١٩) : لا يجاب طلب ابطال اجرة مسكن الحضانة لسكنى الحاضنة فى بيت ابنها .

الحكم الشرعى أن الحاضنة تكون لها أجرة مسكن تمسك فيه الصغير اذا لم يكن لها مسكن تسكنه فاذا كان لها حق السكنى بسبب من الأسباب الشرعية كحق السكنى فى بيت موقوف عليها أو مملوك لها أو على من تجب نفقتها عليه فلا يكون لها فى هذه الحالة أجرة مسكن للحاضنة .

□■□

٤٣/٩٧٩ امبابة (٤٣/٦/٣) ت س م ش ١٧/٤٠

□■□

(المبدا ٢٠) : اجرة مسكن الحضانة تسقط بزواج الحاضنة .

أجرة مسكن حضانة الصغير تسقط بزواج الحاضنة لاستغنائها بمسكن الزوجية عن مسكن الحضانة شرعا .

٣٩/٣٠٥٢ طنيا (٤٠/١٠/٢٢) م ش ١٢/١/١٢٠

□■□

احتـــراف الزوجـة

(المبدأ ١) : الاحتراف لذاته ليس مانعا من استحقاق النفقة ــ وانما اورده الفقهاء باعتباره صورة من الصور التى يشملها تعريف النشوز .

ان الفقهاء لم يذكروا الاحتراف على انه مانع من استحقاق النفقة لذاته بل أوردوه على انه صـــورة من الصور التى يشملهـــا تعريف النشوز ، وهو الخروج عن منزل الزوج بغير حق ومنعها نفسها ، فالمؤثر فى عدم الاستحقاق انما هو الخروج عن المنزل صـــاحبه احتراف أو لم يصـــاحبه لما فى ذلك من فوات تسليم نفسها تسليما تاما من جهتها . وذلك لا يتحقق الا اذا كان هناك منزل للزوج هيأه لهـــا ، أما اذا لم يكن للزوج منزل فلا يمكن تحقق الخروج عنه ويكون فوات التسليم آتيا من قبله هو ، فسواء احترفت الزوجة أو لم تحترف فى هذه الحال فانها تكون مستحقة للنفقـــة ، لأن الاحتراف فى ذاته غير محقق للنشوز ، الا ترى انها لو احترفت فى منزلها بالارضاع بأجر وهو لا يرضى ذلك لا تكون ناشزا كما هو الصحيح فى المذهب ولها النفقـــة ، وان كان له منعها من ذلك .

١٨/٢٨ الازبكية (١٨/١٢/٢٨) ع ش ١/ ٩٠٠

□■□

(المبدأ ٢) : القول بان احتراف الزوجة ليس مانعا من وجوب النفقة لهـــا على زوجها هو احرى الآراء بالقبول لأنه الذى يتفق وتطـورات الزمن وطبيعة العصر الذى نعيش فيه .

ما ذهب اليه بعض الفقهاء من انه لا نفقـــة للمحترفة التى تكون بالنهار فى مصالحها وفى الليل عنـــد الزوج لم يسلم من التجريح والتضعيف فهـــذا صاحب النهر ومكانه فى الذروة من التشريع الاسلامى يستضعف هذا الراى وقد وجه هذا التضعيف بأن الزوجة معذورة فى احترافها لاشتغالها بمصالحها فلا تسقط بذلك نفقتهـــا ج ٢ ص ٦٦٥ ابن عابدين ، وجاء فى البحـــر ج ٤ ص ١٩٥ «وان كانت المراة قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق فانهـــا تخرج بالاذن وبغير الاذن » ولعمرى ان هذا الراى أحرى بالقبول واجدر بأن يعمل به ويسار على نهجه لأنه الذى يتفق وتطورات الزمن وطبيعة هذا العصر الذى نعيش فيه لأننا اذا سرنا على الراى الآخر جعلنا الزوجة بين امرين ــ فهى اما أن تدع وظيفتها وفى ذلك ما فيه من نقص للأيدى العاملة بل ربما كان

فى ذلك ضرر على الزوج نفسه بما عساه يقطع عنه موردا يرفه عنه وينفس من بعض ضيقه وكربته وخصوصا فى هذه الآونة التى استحكمت فيها حلقات الضيق الاقتصادى وان تستبقى وظيفتها وتعمل بطبيعة الحال فى الوقت نفسه على قطع صلة الزوجيةبينها وبين زوجها وفى ذلك ما فيه من كوارث هائلة تصيب الأسرة فى صميمها .

٤٦/١٨٤ أسيوط (٤٧/١/١٨) م ش ٣٩٨/٢١

□■□

(المبدأ ٣) : اصحاب الرأى القائلين بان الاحتراف مانع من وجوب النفقة لم يذكروا الاحتراف على أنه مانع من النفقة لذاته بل أوردوه على أنه مظهر من مظاهر النشوز فما لم يتشكل الاحتراف بهذا الشكل فانه لا يمنع من وجوب النفقة .

على فرض التسليم بارجحية الرأى القائل بان الاحتراف مانع من وجوب النفقة فان ذلك لا يسقط حق المدعية فى النفقة لأن أصحاب هذا الرأى لم يذكروا الاحتراف على انه مانع من استحقاق النفقة لذاته بل أوردوه على أنه ضرب من ضروب النشوز ومظهر من مظاهره ، فما لم يتشكل الاحتراف بهذا الشكل فانه لا يكون موجبا لسقوط النفقة وواضح كل الوضوح ان ذلك لا يتحقق الا اذا ثبت أن الزوج قد هيأ لزوجته مسكنا شرعيا ودعاها للدخول فيه فامتنعت بدون حق .

٤٦/١٨٤ أسيوط (٤٦/١/١٨) م ش ٢٨٩/٢١

□■□

(المبدأ ٤) : لا تسقط النفقة عن الزوج بمجرد احتراف الزوجة الا اذا منعها الزوج عن ذلك فابت .

وحيث ان المدعى عليه لم يمنع المدعية من الاشتغال بمهنة التدريس حتى يكون اشتغالها به والحال ما ذكر موجبا لسقوط نفقتها بل لقد رضى المدعى عليه بذلك وتزوج المدعية على هذا الشرط بل لقد التزم بانه لا حق له فى مطالبتها فى اى وقت بالخروج من وظيفتها وبذا لا يكون للمدعى عليه حق فى دفعه هذا طبقا لما هو منصوص عليه شرعا ، جاء فى الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٦٦٥ « للزوج أن يمنع امراته عما يوجب خللا فى حقه فان عصته وخرجت بلا اذنه كانت ناشزا ما دامت خارجة وان لم يمنعها لم تكن ناشزا » .

٤٦/١٨٤ أسيوط (٤٦/١/١٨) م ش ٣٩٨/٣١

□■□

(المبدأ ٥) : حرفة القهوجية لا تسقط حق الأم فى حضانة ولدها الصغير ما دام الولد مصونا ولا يخشى عليه الفساد ، ما دامت الأم مضطرة لجلب قوتها من هذه الحرفة .

من حيث أن الشريعة الاسلامية لا تمنع المراة من الاحتراف لطلب القوت خصوصا اذا كانت مطلقة ولا عائل لها ، ولا مانع يمنع الأم من حضانة ولدها وهى محترفة لتجلب قوتها ولو كانت حرفتها حقيرة او منافية فى الجملة للاحتشام الذى هو من آداب الاسلام بشرط ان يكون الولد مصونا غير ضائع ولا يخشى عليه الفساد أو التخلق باخلاق الفاسدين (ص ٦٥١ جزء ٢ ابن عابدين) .

٣٠/٢٥٩٧ طنطا (٢٠/١/٣٢) ت س م ش ٥٦٦/٣٠

□■□

(المبدأ ٦) : احتراف الزوجة اذا لم يلحق الأذى بالزوج ويعطل حقوق زوجته فلا تمنع الزوجة منه شرعا .

من المقرر شرعا أن لكل من الزوجين حقوقا على صاحبه كما ان عليه واجبات له ومن ضمن حقوق الزوجة على زوجها وجوب نفقتها عليه شرعا مقابل حقها عليه أن تلتزم بيته وتتفرغ لشئونه التى شرع الزواج من اجلها وكان له من اجل ذلك أن يمنعها من كافة الأعمال المقتضية للكسب لاستغنائها عن التكسب بوجوب كفايتها عليه شرعا ومن الفقهاء من جعل هذا الحق خالصا للزوج فى كل الظروف الا فى مواضع يسيرة استثناها بقدر ، ومنهم من قيده بما اذا كان العمل مؤديا الى المساس بحقوقه أو مضاره فيحول بينها وبينه ، اما اذا كان لا ضرر منه يؤذيه وليس ماسا بحقوقه وواجباته فليس له أن يمنعها منه ، وبالتالى لا يكون اشتغالها به عصيانا له ونشوزا مانعا من وجوب نفقتها عليه ، وهذا الذى ينبغى تحريره وترجيحه . كما اشار اليه ابن عابدين فى الجزء الثانى من حاشيته ص ٦٨٣ وموضع ذلك بالضرورة اذا كان الزوج لم ياذن لها فى هذا العمل ويرتضيه ويقبل استمرارها فيه ، اما اذا كان ذلك باذنه ورضائه فلا يكون ذلك منها مخالفة لأمره ولا مصادرة رغبته ولا نشوزا يستوجب حرمانها من حق نفقتها سواء أكان رضاه مجاراة لطبيعة الحياة الحاضرة التى دفعت بالمراة الى غير مرفق من مرافقها ومساهمة فى السير بركب الحضارة الى غايته ومشاركة فى النهضة الاجتماعية التى خصت المراة بكثير من الأعمال التى تصلح لها وتقوى على احتمالها وتحسن الاجادة والتفوق فيها ولا تنكر الشريعة السمحة خروجها من اجلها قياما بالواجب واداء لحق الوطن على المواطن الصالح القادر على وضع لبنته فى بنائه تقوى من اساسه وترفع من صرحه ، وأن كان ذلك منه

لمعنى آخر له اعتباره عند الكثيرين فى عصرنا الحاضر قصدا منه الى تخفيض العبء عن كاهله وضم طاقة من العون الى طاقته ترفه عنه تكاليف الحياة التى تنوعت مطالبها وازدادت ضروراتها ، سواء كانت الأولى أم الثانية فانه راض عن عملها هذا لمعنى فى نفسه خاص او عام وهذا الرضى دليل أيد انهذا العمل لا يلحق به الأذى ولا يعطل حقوق زوجته ولا ينقص واجباته ، وما دام كذلك فلا تمنع الزوجة منه شرعا ما دام رضاه قائما لم يعدل جريا عنه ولم بغير رايه قطعيا فيه .

٥٣/٧٥٣ مفاغة (٥٤/١/٣١) م ش ٤٣٠/٢٤

□■□

(المبدأ ٧) : انذار الزوج زوجته بالامتناع عن العمل فى وظيفتها بعد تعهده بانه لا حق له فى مطالبتها بالخروج منها لا يعول عليه .

انذار الزوج لزوجته بالامتناع عن العمل فى وظيفتها بعد تعهده بانه لا حق له فى مطالبتها بالخروج منها لا يعول عليه لأنه محض كيد ولأنه نقض ما تم من جهته .

٤٦/١٨٤ اسيوط (٤٧/١/١٨) م ش ٣٩٨/٢١

□■□

(المبدأ ٨) : سكوت الزوج عن منع زوجته من الاشتغال بالتدريس طوال مدة الزوجية دليل رضاه باحترافها فلا يقبل معه الدفع بعدم استحقاقها للنفقة عليه .

استند المدعى عليه فيما قرره من ان المدعية لا تستحق النفقة شرعا لاحترافها مهنة التدريس الىعبارة نقلها من شرح الدر المختار نصها كما ياتى: « لو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقةلها لنقص التسليم » قال فى المجتبى وبه عرف جواب واقعة فى زماننا انه لو تزوج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها » ، وهذه العبارة مقتطفة من كلام طويل كتبه صاحب الدر على الخارجة من بيت الزوجية بغير حق ، وهى الناشز كما عبر عنها وهى احدى اللوائى لا نفقة لهن شرعا ومجردة من التعليق الذى كتبه علبها ابن عابدين فى النهر وفيه النظر وعلق ابن عابدين فى حاشيته على الجملة بقوله : « وجهته انها معذورة لاشتغالها بمصالحها بخلاف المسألة المقيس عليها فانها لا عذر لها فنقص التسليم منسوب اليها »، وفيه أن المحبوسة ظلما والمغصوبة وصاحبة الفرض مع غيره معذورة وقد

سقطت نفقتها » الى أن قال « وانت خبير بانه اذا كان له منعها من ذلك فان عصته وخرجت بلا اذنه كانت ناشزة ما دامت خارجة وان لم يمنعها لم تكن ناشزة » وجاء فى الشرح المذكور فى موضع آخر ما يأتى : « وفى البحر له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبى ولو قابلة أو مغسلة لتقدم حقه على فرض الكفاية ومن مجلس العلم الا لنازلة امتنع زوجها من سؤالها وعلق ابن عابدين على قوله منعها من الغزل ومن كل عمل لو تبرعا لأجنبى تعليقا جاء فيه : « والذى ينبغى تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدى الى تنقيص حقه أو ضرره أو الى خروجها من بيته أما العمل الذى لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا فى حال غيبته » فان ترك المراة بلا عمل فى بيتها يؤدى الى وسواس النفس والشيطان أو الاشتغال بما لا يغنى مع الأجانب والجيران ، وبالتأمل فى هذه النصوص يظهر أن الأمر ليس أمر احتراف المراة او مزاولتها عملا من الأعمال وكفى فما كان الاحتراف فى ذاته جريمة أو نقصا تعاقب المراة عليها بسقوط حقها فى النفقة ، ولا يمكن أن تنظر الشريعة السمحة مثل هذه النظرة لكن الامر أمر علاقة الزوجية المقدسة ، وما ترتب لكل من الزوجين على صاحبه من حقوق وواجبات ، ومبلغ تاثر هذه الحقوق بالاحتراف ضياعا أو نقصا ، والشارع الحكيم قد أحاط هذه العلاقة بأوثق الضمانات ووضع من الأحكام ما يكفل صيانتها ويحفظ لكل من طرفيها حقه كاملا وفى هذه الأحكام من المرونة والسعة ما يلائم جميع الظروف والأحوال، والذى يؤخذ من النصوص السابقة أن الأساس فى اعطاء الزوج حق منع زوجته من الخروج والعمل هو المحافظة على حقه وصيانة كرامته ، فلا يستعمله الا فى هذه الغاية وهو فوق هذا مقيد بما تعطيه الأحكام الأخرى العاملة من حقوق للمراة ورعاية للصالح العام ، على هذا الأساس أجازوا للزوج أن يمنع زوجته من العمل الذى يمس كرامته أو يؤدى الى خروجها من المنزل ويعطل مصالحه المنزلية أو يترتب عليه تشويه محاسنها أو تعطيل نشاطها كربة بيت وقرروا أنه اذا كان العمل الذى يؤدى الى خروجها من المنزل يعتبر ضروريا لحضور مجلس العلم لمعرفة حكم نازلة المت بها ولم تجد لدى زوجها ما يسعفها بهذا الحكم فاذن لها أن تخرج وكذلك لا يمنعها من أى عمل تزاوله داخل المنزل ما دام لا يتعارض مع حقوقه ولا يؤدى الى تعطيل هذه الحقوق أو نقصها ، واذا لوحظ أن من القواعد المقررة فقها « أن العرف العام يخصص النص الشرعى وبالنظر الى مسالة اباحة خروجها لحضور مجلس العلم على أنها مثال لحالة الاضطرار فى أمر مشروع ولوحظ تطور الحالة الاجتماعية وماتساهم به المراة الآن فى ميزان الحياة العامة من نشاط كبير أو ما تقوم به من خدمات ضرورية فى نواح كثيرة أمكن أن تجد أمثلة كثيرة يعتبر الخروج فيها من الضروريات التى لا تعتبر معها خارجة بغير حق ولا يسقط حقها فى النفقة .

١٫٢٫٠/ ٥٠ تسبرا (٥/ ١٠/ ٥٠) ت س   م تس ٢٢/ ٢٧٣

اختصـــــاص

(المبدا ١) : المقصود بالأحوال الشخصية .

الاحوال الشخصـيـة هى مجموعة ما يتميز به الانســان عن غيره من الصفات الطبيعية او العائلية التى رتب القانون عليها اثرا قانونيا فى حيـاته الاجتماعية ككون الانسـان ذكرا او أنثى ، وكونه زوجا او ارملا ، او مطلقـا او ابا او ابنا شرعيا ، او كونه تام الأهلية او ناقصها لصغر سـن او عتـه او جنون ، أو كونه مطلق الأهلية او مقيدها بسبب من الأسـباب القانونية .
اما الامور المتعلقـة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصـل من الأحوال العينية لتعلقها بالمال أو باستحقاقه وعدم استحقاقه . غير ان المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية ـ وكلها من عقود التبرعات ـ تقوم غالبـا على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فالجاه هذا الى اعتبـارها من قبيل مسـائل الأحوال الشخصية .

نقض ٣/٤٠   س ١ ص ٤٥٤

□■□

(المبدا ٢) : الاختصاص فى مواد الأحوال الشخصية والوقف معقـود للمحاكم الوطنية بعـد الغاء المحاكم الشرعية والمليـة . تشكيل دوائر لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى فى حدود ما نص عليه فى المادة الرابعة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ لا يتعلق ذلك بالاختصاص النوعى للمحاكم .

اصبحت المحاكم الوطنية بعد الغاء المحاكم الشرعية والملية هى صاحبة الولاية بالفصـل فى كافة المنـازعات فى المواد المدنيـة والتجـارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، ومن أجل ذلك نصت المادة الرابعـة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ـ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمليـة ـ على تشكيل دوائر جزئية وابتدائية لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والملية ، وتشكيل هـذه الدوائر يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى لكل محكمة مما تختص به الجمعية العمومية لكل منها فى حدود ما تقدم . ولا يتعلق ذلك بالاختصاص النوعى للمحاكم . فمتى كانت دعوى بطلب استحقاق فى وقف قد رفعت الى دوائر الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتـدائية لاختصاصها بها وفقـا لقواعد التنظيم الداخلى لدوائر المحكمة ودفع بعـدم سماعها لسبق الصلح بين الطرفين فى ذات النزاع فان

□■□

ذلك لا يقيد اختصاص المحكمة بالفصل فى الدعوى والدفع المقدم منها أيا كانت طبيعته .

نقض ٢٨/٢٦ ق (٦١/٤/٢٧) س ١٢ ص ٤٢٩
نقض ٣٢/٤٧ ق س ١٧ ص ١٣٨٤

□■□

(المبدأ ٣) : توزيع الاختصاص بين المحكمة القضائية وهيئة التصرفات - عدم اختصاص هيئةالتصرفات الا بالاجراءات والتدابير المتعلقة بالتصرف فى الوقف والولاية عليه وفرز الأنصبة الثابتة اصلا ومقدارا .

انه وان كان مفاد المادتين ٢٦ ، ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ١٩٣١/٧٨ توزيع الاختصاص بين المحكمة القضائية وهيئة التصرفات بحيث لا تختص هيئة التصرفات الا بالاجراءات والتدابير المتعلقة بالتصرفات فى الوقف والولاية عليه وفرز الأنصبة الثابتة اصلا ومقدارا ، الا انه لا يتأدى من ذلك انه كلما اثير نزاع بشأن أصل الاستحقاق او مقداره امتنع على هيئة التصرفات تقدير ما اذا كان هذا النزاع جديا فيستلزم الوقف أو غير جدى فتغفض النظر عنه وتستمر فى نظر المادة المطروحة امامها . فاذا كان الثابت من كتاب الوقف ان الواقف شرط أن يصرف من ريع المال الموقوف فى كل سنة بعد وفاته مبلغ ستة جنيهات ذهب ضرب مصر او ما يقوم مقامها من النقود على سبيل البر والصدقة فى وجوه للخير بينها فى كتاب وقفه ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه ان محكمة الموضوع باعتبارها هيئة تصرفات اعتبرت ما اثارته الطاعنة فى هذا الخصوص - بشأن طلب تقويم الجنيه على أساس سعر الذهب بالسوق لا باعتباره مائة قرش - نزاعا غير جدى فلا عليها اذ غضت النظر عنه .

نقض ٢٨/١٢ق (٦٠/٥/١٩) س ١١ ص ٤١٢

□■□

(المبدأ ٤) : دعاوى الطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين ، من اختصاص المحاكم الابتدائية .

طبقا للمادة الثامنة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية اصبحت دعاوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمباراة والفرقة بين الزوجين بجميع اسبابها من اختصاص المحاكم الابتدائية بعد أن كانت وفقا للمادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من اختصاص المحاكم الجزئية .

نقض ٣٤/٢٠ ق (٦٦/٣/٣) س ١٧ ص ٧٨٣

(المبدا ٥) : انحصار النزاع فى ادعاء المدعى بدخول العين المتنازع عليها فى الوقف المشمول بنظرة ، وتمسك المدعى عليه بتبعية العين المذكورة للوقف المشمول بنظارته وبتملكه لها بالتقادم .

متى كان النزاع ـ بصورته الماثلة فى الدعوى ـ لا ينصب على ذات الوقف من حيث انشائه او صحته او الاستحقاق فيه او تفسير شروطه او الولاية عليه او حصوله فى مرض الموت ـ بل كان من جانب المدعى دعوى بدخول العين المتنازل عليها فى الوقف المشمول بنظره ـ ومن جانب المدعى عليه انكارا لهذه الدعوى وتمسكا بدخول العين المذكورة فى الوقف المشمول بنظارته وبتملكه لها بالتقادم القصير والطويل المكسبين ـ فان الدعوى بهذا الوصف هى دعوى ملكية عين مما تختص المحاكم المدنية بالفصل فيه ـ ولا يغير من هذا النظر ان تكون المنازعة قائمة بين جهتى وقف ـ ولا اعتداد ايضا بأن يكون سبب المنازعة سابقا على انشاء الوقف (المدعى) او تاليا لانشائه ذلك أن المحاكم المدنية هى محاكم القانون العام ولا يخرج من اختصاصها الا ما استثنى بنص صريح .

نقض ٢٧/٢٦ ق (٥٩/٦/١١) — س ١٠ ص ٤٨

□■□

(المبدا ٦) : مواد الولاية على المال ـ محكمة موطن الولى هى المختصة محليا بنظرها .

تنص المادة ١/٩٧٥ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات على ان الاختصاص المحلى للمحكمة يتحدد من مواد الولاية بموطن الولى ، وكانت المادة موضوع النزاع وهى تحديد نفقة للقاصر تعتبر من المسائل المتعلقة بادارة أمواله المنصوص عليها فى المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١١٩ وتدخل فى ولاية الولى : فان محكمة موطن الولى تكون هى المختصة بنظرها .

نقض ٣٩/١١ ق (٧٣/١/٣) — س ٢٤ ص ٢٩

□■□

(المبدا ٧) : اختصاص المحاكم الشرعية قبل الغائها بنظر دعاوى الاستحقاق التى ترفع بشأن الأوقاف التى اصبحت منتهية بمقتضاه ، صيرورة هذا الاختصاص للمحاكم العادية بعد الغاء المحاكم الشرعية .

لئن أنهى المرسوم بقانون ١٩٥٢/١٨٠ الوقف على غير الخيرات وجعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين على التفصيل الوارد فى المادة الثالثة منه ، فانه قد أبقى فى المادة الخامسة منه المعدلة بالقانون ١٩٥٣/٣٩٩ على

اختصاص المحاكم الشرعية بنظر دعاوى الاستحقاق التى ترفع بشأن الأوقاف التى اصبحت منتهية بمقتضاه ثم صار هذا الاختصاص للمحاكم العادية بالقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والملية ، فاذا كانت الدعوى لايمكن الفصل فيها قبل الفصل فى النزاع على الاستحقاق الذى اثير فيها فانه يجب تدخل النيابة فيها .

نقض ٣٥٣/٣٤ ق س ١٩ ص ٧٥٦

□■□

(المبدأ ٨) : النزاع على وصف الحقوق العينية الوصى بها .

اذا لم يقم النزاع لا على علاقة الوصى بالموصى لهم ، ولا على علاقته باقى ورثته ولم يكن متعلقا بصيغة الوصية ولا باهلية الموصى للتبرع ، فلا يعتبر ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية . ولكن اذا قام النزاع فى وصف الحقوق العينية التى رتبها الموصى للفقراء ولبنائه على العقار الموصى بحق الانتفاع به ، وعلى حكم القانون فى هذا الوصف فليس فى ذلك شيء من الأحوال الشخصية التى يحكمها قانون الملة ، بل هو متعلق بامور عينية يجب الرجوع فيها الى القانون المدنى الذى هو قانون موقع العقار واتباع قواعده لأنها من النظام العام .

نقض ٤٠/٣ ق س١ ص٢٥٤

□■□

(المبدأ ٩) : اختصاص محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال بالفصل فى مواد الحساب بين عديم الأهلية او ناقصها وبين النائب عنهما . مناطه ــ قيام المادة امامها . عدم تقديم الحساب اثره .

النص فى المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات من أنه اذا انتهت الولاية على المال تظل المحكمة المرفوعة اليها المادة مختصة بالفصل فى الحساب الذى قدم لها . والنص فى المادة ١٠٠٨ من هذا القانون باختصاص المحكمة المنظورة امامها المادة دون غيرها بالفصل فى حساب النائب عن عديم الأهلية او الوكيل عن النائب او المدير المؤقت ، مفادهما ان اختصاص الفصل فى مسائل الحساب بين عديم الاهلية او ناقصها وبين النائب عنهما معقود للمحكمة المرفوعة اليها مادة الولاية على المال ، وهو اختصاص اصيل تنفرد به ، مانع لأية جهة اخرى من نظره باعتبار انها اقدر من غيرها من المحاكم على الفصل فى حساب الادارة التى تشرف عليها وتوجهها وفقا للقانون ، الا أن مناط اختصاصها فى هذا الصدد هو أن تكون المادة لا تزال قائمة لديها ، فاذا ما انتهت بانتهاء الولاية على المال أصبح اختصاصها

قاصرا على الفصل فيما قدم اليها فعلا من الحساب فان لم يكن قد قدم لها الحساب فان ذلك لا يحول دون القاصر الذى بلغ سن الرشد ورفعت عنه الوصاية والالتجاء إلى طريق الدعوى المادية يسلكه أمام المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات لمطالبة الوصى بتقديم حساب عن وصايته .

نقض ٣/٧/٧٠ ٤٧ ق   س ٢١ ص ١٠١٨

□■□

(المبدأ ١) : الارث هو انتقال المال الى الغير على سبيل الخلافة .

من المعلوم شرعا أن الارث هو انتقال المال الى الغير على سبيل الخلافة . والحقوق التى تنقل الى الورثة هى الأعيان المالية وما هو فى معنى المال ، فاذا لم يكن المورث مدينا ولم يكن قد أوصى بشىء من ماله فان تركته تؤول الى ورثته بمجرد وفاته ويلقى عليهم واجب تجهيزه مما تركه من الأموال وان كان للمورث دائنون فان حقوقهم وحقوق الموصى لهم مقدمة على من عداهم فيتقاضون من مال التركة ويكون لهم على هذه الأموال حق عينى يخولهم حق تتبعها وحق الأفضلية عليها .

٤٨/٣٩١ س مصر (٥٢/١١/٢٣) م ش ١١٦/٢٣

□■□

(المبدأ ٢) : الارث سبب من أسباب الملك الصحيح .

الارث سبب من أسباب الملك الصحيح فينتقل به المال الى الوارث ويدخل فى ملكه ولو جبرا عليه وهو تملك وخلافة عن الميت والملك لا ينتقل الا الى الأحياء لأن الميت ليس له ذمة صالحة للتملك .

٥١/١١ ك الزقازيق (٥١/٣/٢٥) م ش ٣٣٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٣) : الارث لا يصح اسقاطه اذ هو جبرى .

الارث لا يصح اسقاطه اذ هو جبرى ولاسيما فى الأعيان ، فلو قال وارث تركت حقى لم يبطل حقه لأن الملك لا يبطل بالترك فقوله لا أستحق ارثا معارض بنص القرآن وبهذا قول الوارث لا أستحق ارثا نص على ذلك فى الجزء الثانى من الفتاوى الخيرية ص ١٦٥ على هامش الحامدية .

٣٠/٨١٧ شبين القناطر (٣١/١٠/١٩) م ش ٥٥٤/٣

□■□

(المبدأ ٤) : حق الارث لا يقبل الاسقاط .

المقرر شرعا أن كل حق يقبل الاسقاط الا حق الارث .

٤٤/٢٣ الخليفة (٤٤/٢/١٠) م ش ٢٦١/٩/١٦

□■□

(المبدأ ٥) : حق الارث ، سقوطه بالتقادم بمضى ٣٣ سنة . عدم جواز اكتسابه بالتقادم .

تنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى على أنه « فى جميع الأحوال لاتكسب حقوق الارث بالتقادم الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » والمقصود بذلك أن حق الارث يسقط بالتقادم المسقط ولا يجوز سماع الدعوى به بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، لأن التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة فلا يكسب حق الارث بالتقادم ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية بقولها « أما دعوى الارث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة » والتقادم هنا مسقط لا مكسب لذلك يجب حذف حقوق الارث من المادة وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط » .

نقض ٨٢٥/٤٤ ق س ٣٠ ص ٥٤٠

□■□

(المبدأ ٦) : احترام حقوق الورثة فى الميراث .

القاعدة الأساسية العامة ، وفقا للأحكام الشرعية التى لم يرد فى القانون الوضعى ما يخالفها ، تقضى باحترام حقوق الورثة فيما يجب أن يبقى محفوظا لهم احتراما تاما ، ولا سبيل لتحقيق ذلك الا اذا استطاعوا الحيلولة دون المساس بها .

نقض ٦٦/١٠ ق (١/٤/٤٣)

□■□

(المبدأ ٧) : المواريث والوصية وحدة واحدة .

ان المواريث عموما ، ومنها الوصية ، هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة القائمة . (راجع القانون رقم ٤٣/٧٧ بشأن المواريث . والقانون ٤٦/٧١ بشأن الوصية الأول صدر فى ١٩٤٣/٨/٦ والثانى صدر فى ١٩٤٦/٦/٢٤) .

نقض ٦٦/١٠ ق (١/٤/٤٣)

□■□

(المبدأ ٨) : ما يصح اعتباره مالا يورث .

ان من عدا أبا حنيفة من الأئمة وجمهور الفقهاء قد ذهبوا فى انتقال الخيارات الى الورثة انتقال الأموال والحقوق ، والمذهب الذى انتحاه

القانون المصرى فيما جرى عليه من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمؤملات والدعاوى وآجال الديون. فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل بموته أجل الدين لانه حق استفاده المدين حال حياته فينتقل بعد موته الى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة لشخص اذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها ، فلا تنفسخ الاجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى اثناء مدتها ، ومن اعطيت له أرض ليحييها بالزراعة او العمارة فحجرها ثم مات قبل مضى ثلاث سنين ولم يكن قد باشر فيها عمل الاحياء حل وارثه محله فى اختصاصه وأولويته باحيائها . واذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه فى الرهن الى ورثته وانتقل معه حقه فى حبس العين المرهونة حتى يوفى الدين . وكل هذا كما هو صحيح فى القانون صحيح عند الائمة الثلاثة وجمهور الفقهاء ، وغير صحيح عند ابى حنيفة .

نقض ٩٥/٨ ق (٨/٦/١٩٣٩)

□■□

(المبدأ ٩) : لا تثريب على المحكمة اذا اخذت بالأدلة المقدمة من بعض الورثة بان السند المتنازع عليه الصادر لاحد الورثة هو وصية لم يجزها سائر الورثة .

ان الشريعة الاسلامية قد جعلت للوارث ابان حياة مورثه حقا فى ماله ينحجز به المورث عن التصرف بالوصية لوارث آخر . وهذا الحق يكون كامنا ولا يظهر فى الوجود ويكون له أثر الا بعد وفاة المورث ، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث فى كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه ، وينطبق عليه كما ينطبق على الأجنبى عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحل له اثبات مطاعنه بكل طرق الاثبات . فاذا كان مدى النزاع أن المدعى عليهم فى الطعن يطعنون على السند الذى تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف انشائى من المورث اخرجه فى صيغته مخرج تصرف اقرارى بقصد انشاء وصية للطاعنة مع انها من ورثته الذين لا يصح الايصاء لهم الا باجازة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أمام المحكمة ادلة تفيد أن السند المتنازع عليه هو وصية لم يجزها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وابطلت السند فلا تثريب عليها فى ذلك .

نقض ٦٧/٥ ق (٢٧/٢/١٩٣٦)

□■□

(المبدا ١٠) : التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه .

الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، أو يؤدى الى المساس بحق الارث فى كون الانسان وارثا ام غير وارث وكونه يستقل بالارث أو يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ويتاح اثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق .

نقض ١٢٥/٣٤ ق (٦٧/١١/٢١) س ١٧٣٧/١٨

□■□

(المبدا ١١) : عدم احقية الورثة فيما خرج من ملك المورث حال حياته .

قوانين الارث (أى احكامه) لا تنطبق الا على ما يخلفه المتوفى من الأملاك حين وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته لسبب من اسباب التصرفات القانونية فلا حق للورثة فيه ولا سبيل لهم اليه ولو كان المورث قد قصد حرمانهم منه أو انقاص انصبتهم فيه .

نقض ٦/٢ (٣٦/٦/٤)

□■□

(المبدا ١٢) : عدم جواز اثبات صورية التصرف الصادر من المورث صورية مطلقة الا بما كان يجوز للمورث من طرق الاثبات .

الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الا اذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وان كان فى ظاهره بيعا منجزا الا انه فى حقيقته يخفى وصية اضرارا بحقه فى الميراث ، أو انه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر اذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الارث فان حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الرث فان حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة انما يستمده من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه الا بما يجوز لمورثه من طرق الاثبات . واذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم الى حصتهم الشرعية فى تركة مورثهم ، فتمسك الطاعن بأنه اشترى من والده المورث جزءا من

الأطيان مطعن بعض الورثة فى عقد البيع بالصورية استنادا الى ان الطاعن كا نقد استصدره من والده لمناسبة مصاهرته أسرة طلبت اليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية ، وطلبوا احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات ذلك بأى طريق من طرق الاثبات بما فيها البينة ، فنازع الطاعن فى جواز الاثبات بهذا الطريق . وكان الحكم اذ قضى باحالة الدعوى الى التحقيق الاثبات ما نعاه المطعون عليهم على العقد بأى طريق من طرق الاثبات قد اقام قضاءه على انهم يعتبرون من الاغيار ايا كان الطعن الذى يأخذونه على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن — فان الحكم اذ أطلق للمطعون عليهم حق اثبات مطاعنهم على هذا التصرف فى حين أن علة الصورية انما كانت اعطاء الطاعن مظاهر الثراء ليتيسر زواجه باحدى العقيلات يكون قد خالف قواعد الاثبات.

نقض ١٩/٨٧ ق (١٢/٢١/ ٥٠)

□■□

(المبدأ ١٣) : التحايل الممنوع على احكام الارث . ماهيته .

التحايل الممنوع على أحكام الارث — لتعلق الارث بالنظام العام — هو ما كان متصلا بقواعد التوريث واحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حالة صحته لأحد ورثته أو التقليل من انصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته . أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه.

نقض ٥٩٩/ ٥٠ ق ج (١٩٨٣/١٢/١٥) لم ينشر بعد

□■□

(المبدأ ١٤) : نطاق التحايل على أحكام الارث .

التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث واحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث ، أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر وارث ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا بداهة ان الهبة الصادرة من المورث فى

حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لخروجها من نطاق التعريف بالتحايل على قواعد الارث على ما ذكر .

هذا والاعتراض بأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة الى التصرفات الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصرف منجزا ، اذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الشخص كامل الأهلية ولو كان فيه حرمان ورثته ، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه .

نقض ٩١/١٧ ق (٤٨/١٢/٢٣)

□■□

(المبدأ ١٥) : الوقائع المادية يجوز اثباتها بالبينة .

ان ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فيحيازته ماديا من عقار أو منقول أو نقد ، وكذلك استيلاء وارث ما على شيء من مال التركة عقارا كان أو منقولا أو نقدا كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لاثباتها الا بالبينة . وانما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد ان يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانونا عنهم دليل قانونى يدل عليه .

نقض ٩٨/٤ ق (٣٥/٥/٢٣)

□■□

(المبدأ ١٦) : عدم اتصال اى حق للوارث باموال التركة اثناء قيام التصفية .

مفاد المواد ٨٤٤ ، ٩٠٠ ، ٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة مادامت التصفية قائمة .

نقض ٢٨٤/٢٢ ق (٥٦/٣/٨) **س ٧ ص ٢٩٦**

□■□

(المبدأ ١٧) : الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين غير المسلمين .

من المقرر فى قضاء النقض أن الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين غير المسلمين **داخلا فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد انصبائهم فى الارث وانتقال التركة** اليهم . واذ جرى نص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ **بأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض**

وكان الارث يستحق وفقا للمادة الاولى من القانون بموت المورث فان مناط المنع من الارث هو اختلاف الدين وقت وفاة المورث او اعتباره ميتا بحكم القاضي .

نقض ١٣٦٢/٥٠ ق ح (١٩٨٤/٢/٥) لم ينشر

□■□

(المبدأ ١٨) : أحكام الارث من النظام العام ــ وكل تحايل عليها لا يقره القانون . التحايل الممنوع على احكام الارث هو ما كان متصلا بقواعد التوريث واحكامه المعتبرة شرعا .

المتحايل الممنوع على أحكام الارث ــ لتعلق الارث بالنظام العام ــ هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبار الشخص وارثا وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا ، او الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا ان التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها الى حرمان بعض ورثته ، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، اما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه .

نقض ٢٩/٣٥٥ ق (٦٤/٤/٩) س ١٥ ص ٥٢٥

□■□

(المبدأ ١٩) : حق الوارث في الطعن على تصرف المورث بانه وصية لا بيع وانه قصد به التحايل على احكام الارث . حق خاص مصدره القانون وليس حقا يتلقاه عن مورثه . اعتبار الوارث من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر ــ شرطه .

الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر الا اذا كان طعنه على هذا التصرف هو انه وان كان في ظاهره بيعا منجزا الا انه في حقيقته وصية اضرارا بحقه في الميراث ، أو انه صدر في مرض موت المورث فيعتبر اذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الارث ، اما اذا كان الطعن في العقد انه صوري صورية مطلقة فان حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة انما يستمد من

مورثه وليس من القانون ومن ثم فلا يجوز له اثبات طعنه الا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات .

نقض ٢٩/٣٥٥ ق (٦٤/٤/٩) س ١٥ ص ٥٢٦

□■□

(المبدأ ٢٠) : انفصال التركة شرعا عن اشخاص الورثة واموالهم الخاصة .

ورثة المدين ــ باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصيبه ــ اذا ابدى واحد منهم دفاعا مؤثرا فى الحق المدعى به على التركة كان فى ابدائه نائبا عن الباقين فيستفيدون منه ، وذلك لأن التركة منفصلة شرعا عن اشخاص الورثة واموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى بمعنى انهم يتقاضون منها ديونهم قبل ان يؤول شيء منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم منها . وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة الى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ويكفى أن يبديه البعض فيستفيد منه البعض الآخر . فاذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم فانهم يكونون فى ابداء هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الدعوى ويفيد من الحكم بسقوط الدين بالتقادم الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا فى الدعوى .

نقض ٢٩/٤٥١ ق (٦٤/١١/١٩) س ١٥ ص ١٠٥٢

□■□

(المبدأ ٢١) : اعتبار الوارث فى حكم الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من المورث الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة احكام الارث . للوارث الطعن عليها واثبات طعنه بكافة الطرق .

لا يعتبر الوارث قائما مقام المورث فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الارث ، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف واثبات صحة طعنه بكافة الطرق، ولا تقف صراحة نصوص العقد الدالة على تنجيز التصرف حائلا دون هذا الطعن .

نقض ٢٩/٣٩ ق (٦٤/١/٩) س ١٥ ص ٤٤

□■□

(المبدأ ٢٢) : قواعد المواريث ـ تعلقها بالنظام العام .

المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ ان اختلاف الدين مانع من موانع الميراث ، وهى بدورها من القواعد الأساسية التى تستند الى نصوص قاطعة فى الشريعة الاسلامية ، وبالتالى تدخل فى نطاق النظام العام ، ويمتنع معها تطبيق احكام قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها .

نقض ٤٨/١٠ ق   س ٣٠ ص ٧٢٣

□■□

(المبدأ ٢٣) : تعلق احكام الارث بالنظام العام .

ان كون الانسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالارث أو يشاركه فيه غيره الى غير ذلك من أحكام الارث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى اية حالة كانت عليها الدعوى ، وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة اى انسان الاتفاق على شىء يمس حق الارث عنه ، سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها تخالف النظام العام .

نقض ٤/٢ ق   (٣٤/٦/١٤)

□■□

(المبدأ ٢٤) : مخالفة الحكم ما انتهى اليه الاجماع خطأ فى تطبيق القانون .

اذا خالف الحكم نص المادة ١/١١ من قانون المواريث رقم ٤٣/٧٧ التى تنص على أن « للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وان نزل » عملا بقوله تعالى فى سورة النساء : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد » بان والدة المتوفى ٨ ط من ٢٤ ط تنقسم اليها التركة ، والأخت الشقيقة ١٢ ط من ٢٤ ط من التركة ولم يحدد نصيبا للزوج ، ولم يفطن الى انه باحتساب فرض الزوج تعول المسالة ويكون نصيب الأم ٨ ط من ٣٢ ط تنقسم اليها التركة وليس من ٢٤ ط ونرى على ذلك أن الحكم المذكور قد افتات على النصيب الشرعى للزوج فخرج على النص ، وما انتهى اليه الاجماع ـ حالة العول بعد ثبوت انتفاء شبهة المخالفة عن ابن عباس بما

ينقضه ـ واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فحجب نفسه من بحث ما يترتب على اهدار الحكم الابتدائي وبيان النصيب الشرعي ميراثا لأطراف الخصومة فانه يكون قد اخطأ القانون بما يوجب نقضه .

نقض ٤٠/٢٥٨ ق (٧٥/٦/٢٣) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٢٥) : وارث المحجور عليه في رفعه دعوى الحساب على القيم بعد وفاة المحجور عليه ـ ليس من الغير ـ اعتباره خلفا عاما .

لا يعتبر وارث المحجوز عليه في رفعه دعوى الحساب على القيم بعد وفاة المحجوز عليه من الغير ، وانما يعد خلفا عاما فلا يملك من الحقوق اكثر مما كان لسلفه ومن ثم فان هذه الدعوى تسقط بمضي خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه القوامة بوفاة المحجور عليه (راجع م ٥٣ ق ١١٩/ ١٩٥٢ باحكام الولاية على المال) .

نقض ٣١/٣٤٨ ق (٦٦/٤/١٤) س ١٧ ص ٨٥٣

□■□

(المبدأ ٢٦) : شخصية الوارث ـ استقلالها عن شخصية المورث . مسئولية الوارث عن ديون التركة .

شخصية الوارث تعتبر مستقلة عن شخصية المورث ، وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته ، ولا يقال بان التزامات المورث تنتقل الى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا الا اذا اصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة ، وتبعا لذلك لا يعتبر الوارث الذى جعلت له ملكية اعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولا عن التزامات الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل اليه ملكيتها بعد ، ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير في هذا الخصوص .

نقض ٤٩/٧٧٢ ق س ٣١ ص ٢١٠٣

□■□

(المبدأ ٢٧) : الجدة الصحيحة (١) ـ ميراثها .

نص المادة ١٤ من قانون المواريث رقم ٤٣/٧٧ يدل على ان الجدة

---

(١) الجدة الصحيحة هى التى ترث بالفرض . أم الأب جدة صحيحة ، وأم الأم جدة صحيحة .

الجدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح كأم أبى الأم . وتكون من ذوى الارحام ولا ترث بالفرض قط .

الصحيحة وهى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح ، ترث السدس فرضا تنفرد به الواحدة ويشترك فيه الاكثر من واحدة ، وأن الأب عند وجوده يحجب الجدة لأب دون الجدة لأم اخذا بالقاعدة الشرعية بأن من ادلى الى الميت بوارث يحجب عند وجود هذا الوارث ، وام الأب قد ادلت بالأب ، ولكن ام الأم لم تدل به . ماخذ هذا النص المذهب الحنفى .

نقض ٣/٤٤ ق (٣/١٢/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٢٨) : تحديد انصبة الورثة من الأمور المتعلقة بالنظام العام .

قواعد التوريث واحكامه المعتبرة شرعا بما فى ذلك تحديد انصبة الورثة هى من الأمور المتعلقة بالنظام العام .

نقض ١٤٢٧/٤٨ ق س ٣٠ ص ٣٤٠

□■□

(المبدأ ٢٩) : احكام الارث لا تنطبق الا على ما يخلفه المتوفى من الأملاك حين وفاته .

قوانين الارث ـ اى احكامه لا تنطبق الا على ما يخلفه المتوفى من الأملاك حين وفاته ، اما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته بسبب من اسباب التصرفات القانونية فلا حق للورثة فيه ولو كان المورث قد قصد حرمانهم او انتقاص انصبتهم فيه .

٧٣٣/س مصر (٨/٦/٤١) م ش ٣/٤/٧٨

□■□

(المبدأ ٣٠) : من شروط الارث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث حياة حقيقية مستقرة او حياة تقديرية .

المقرر فقها وقانونا ان من شروط الارث تحقق حياة الوارث حياة مستقرة مشاهدة او تقديرية كتقدير حياة الحمل وهو فى بطن أمه بعد موت المورث او بعد الحكم بموته ولو بلحظة من الزمن .

٩٥١/١١ ك الزقازيق (٢٥/٣/٥١) م ش ٢٢/٣٣٤

□■□

(المبدا ٣١) : الوقت الذى تنتقل فيه الملكية للورثة .

وحيث انه وان كان ثمة اجماع على ان للدائنين حقا عينـا على التركة فان الخلاف فى الراى بين ائمة المذاهب حول تحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية للورثة والحقوق التى يخولها الشرع للدائنين ليس مجرد خلاف نظرى وذلك لاختلاف الحكم فى كلتـا الحالتين ففى راى الحنفية تتراخى ملكيـة الورثة الى ما بعد وفاء الديون واذا تصرف الوارث فى مال المورث قبل تحقق هذا الشرط وقع تصرفه باطلا بل ان الورثة لا يجوز لهم ان يتقاسموا التركة لأنها لم تدخل فى مالهم المشترك حتى يحق لهم اقتسامها فهى لا تزال باقيـة فى ذمة المتوفى وعلى ملكه ما دام الدائنون لم يستوفوا بديونهم كاملة وما دام الموصى لهم لم يأخذوا ما أوصى لهم به وذلك كله نتيجة حتمية لا تفتق عنـه ذهن اصحاب هذا المذهب من وجود ذمة للمتوفى مستقلة عن الورثة ولا قيام لهـذه النتـائج فى المذهب الآخر لأن ايلولة التركة الى الورثة بمجرد الوفاة تجعلهم أصحاب الشأن فيها يتصرفون بكافة التصرفات الشرعية التى للمالك ولا يحد من تصرفاتهم الا ما للدائنين من حق عينى على مال التركة .

٤٨/٣٩١ س مصر (٥٢/١١/٢٣) م ش ١١٦/٢٣

□■□

(المبدا ٣٢) : الارث بالعصوبة السببية مقدم على الارث بقرابة الرحم.

الارث بالعصوبة السببية مقدم على الارث بقرابة الرحم .

٢٨/٢١٤ك مصر (٣٠/٩/٩) ت س م ش ٦٤/٢

□■□

(المبدا ٣٣) : ذو الرحم هو من ليس بذى فرض ولا عصبة .

ذو الأرحام وهم فى علم الفرائض من ليسـوا بذوى فرض ولا عصبـة وانهم منحصرون فى أصـناف اربعـة : (الأول) من ينتسب الى الميت . (الثانى) من ينتسب اليـه الميت . (والثالث) من ينتسب الى ابى الميت . (والرابع) من ينتسب الى جـدى الميت او جدته ، ويلحق بهـذا الصنف اولاده .

٣٢/٢٧٧١ الجمالية (٢٣/٨/١٢) م ش ٩٣٣/٥

□■□

(المبدأ ٢٤) : اذا تعددت الفروع من الصنف الثالث من ذوى الأرحام ، وهم من ينتسب الى ابوى الميت) واتحدت الدرجة فالمال يقسم على اول درجة حصل فيهـا الاختلاف مع اعتبار عدد الفروع والجهـات فى الأصول وما خص كل فريق من الاصول يقسم بينهم .

وحيث أن موضوع الدعوى من الصنف الثـالث لانتسـاب الأنثى الى ابوى المتوفاة وقد تعددت الفروع واتحدت الدرجة ـ فابوا يوسف يقسم المال على ابدان الفروع بحسب صـفاتهم فان كانوا ذكورا سوى بينهم وكذا لو كانوا اناثا ولو كانوا مختلطين فللذكر ضعف الأنثى ومحمد يقسم المال على اول درجة حصل فيها الاختلاف مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول وما خص كل فريق من الأصول يقسم بينهم ـ وقد اختلف الافتاء ـ والمأخوذ من اكثر الكتب أن الفتوى بمذهب محمد . ومن حيث أن الأصول هنا ـ اخ شقيق ـ واخت شقيقة ـ والفروع اربعة ثلاث ذكور اولاد الاخت الشقيقة وبنت الأخ الشقيق فعلى مذهب محمد تجعل الاخت الشقيقة كثلاث اخوات شقيقات لتعدد فروعها وهم ثلاثة اولاد ذكور ويجعل الأخ الشـقيق كاختين لأن فرعه بنت واحدة ، فمع اعتبار عدد الفروع والجهـات فى الاصول يعطى ما اصـاب كل اصل لفرعه فيقسم ما اصـاب الأخت الشقيقة بين اولادها الثلاثة بالسوية بينهم ويعطى ما اصاب الأخ الشقيق لبنته وهو نصيب بنتين فتعتبر الفروع خمسة ، اولاد الاخت الشقيقة خمسة ذكور يعتبرون ثلاث بنات بملاحظة صفة الأم وهى انثى وتعتبر بنت الأخ الشقيق بنتين بملاحظة صـفة الأب وهو مذكر فتنقسم التركة خمسة اسهم لكل واحد مذكر من اولاد الأخت الشقيقة سهم ولبنت الأخ الشقيق سهمان ويكون نصيب المدعى سهم واحد من خمسـة اسهم تنقسم اليها هـذه التركة بملاحظة ان الأخ الشقيق يعصب الأخت الشقيقة وياخذ ضعفها فلوحظ هذا واستحقت بنت الأخ الشقيق الواحدة سهمين واستحق اولاد الاخت الشقيقـة ذات الأولاد الثلاثة اسهم بحسب عددهم تقسم بينهم بالسوية فكان الميراث على خمس بنات ويعتبر المدعى مع هؤلاء كبنت من بنات خمس يرث خمس التركة على رأى محمد وهو المعتمد فى اكثر الكتب .

٣٢/١٧٧١ الجمالية ١٣/٨/٣٣   م ش ٥/٩٣٣

□■□

(المبدأ ٣٥) : اولاد الصنف الثالث من ذوى الأرحام يكون توريثهم بقسمة المال على اصولهم .

النص الشرعى يقضى بان اولاد الصنف الثالث وهم من ينتسب الى ابوى الميت وهم اولاد الأخوات وبنات الأخوة يكون توريثهم بتقسيم المال على اصولهم .

٣٥/٢٥١ كفر صقر (٢٦/١/٢٦) ت س م ش ٢٣٧/٤/٨

□■□

(المبدأ ٣٦) : المطلقة رجعيا وارثة اذا مات زوجها وهى فى العدة .

اذا لم تعترف المطلقة رجعيا بانقضاء عدتها حتى مات مطلقها فهى وارثة له ، اذ المنصوص عليه شرعا ان المطلقة طلاقا رجعيا هى زوجة ما لم تقر بانقضاء عدتها .

٢٩/١٠٣ العليا الشرعية (٢/١٢/٣٠) م ش ٢/٥٤٠

□■□

(المبدأ ٣٧) : المحروم لمانع من موانع الارث لا يحجب اصلا لا حجب نقصان ولا حجب حرمان .

وحيث ان المنصوص عليه شرعا ان المحروم لمانع من موانع الارث لا يحجب اصلا حجب نقصان ولا حجب حرمان بخلاف المحجوب كما ان المرتد لا يرث احدا .

٣٠/١٧٦ ابو قرقاص (١/٢/٣١) م ش ٢/٩٦٠

□■□

(المبدأ ٣٨) : طلاق الزوجة ثلاثا دفعة واحدة طلاق رجعى ترث زوجها معه اذا مات وهى فى العدة .

ان الطلاق الثلاث لا يقع به الا طلقة واحدة طبقا للقانون ٢٥ سنة١٩٢٩ وقبض مؤخر الصداق لا دلالة فيه على بينونة الطلاق لأنه لا مانع من الاتفاق على تعجيل الدين المؤجل والمطلقة رجعيا اذا مات زوجها وهى فى العدة ترث شرعا .

٣٠/١٤٧ العليا الشرعية (٨/٩/٣١) م ش ٣/٥٥

□■□

(المبدا ٣٩) : اذا تضمن محضر ضبط الواقعة اقرار المتوفى بزوجية مطلقته ثلاثا بعد طلاقها بزمن يحتمل حلها وبنوة اولادها منه كان هذا حجة على الكافة يعامل به ورثته ويحكم بمقتضاه بارث الزوجة والأولاد له .

حيث ان المحضر الرسمى ترى هذه المحكمة انه يؤيد دعوى الزوجية لأن فيه اعترافا من المتوفى بزوجيته من المدعية وهذا الاعتراف يؤخذ به شرعا وقانونا لأنه صادر من أهله أمام من نيط به تحقيق حادثة سقوط منزل عائلة المتوفى فقرر المتوفى ان العائلة عائلته حقيقة وبين انها زوجته واولاده فهو اقرار مدون بورقة رسمية ولا عبرة بقول المدعى عليها ان هذه الأوراق لم توضع لاثبات الزوجية ولا لاثبات نسب فلا تعتبر رسمية لأن الأخذ بها انما هو من حيث انها اقوال صدرت من المتوفى امام المحقق الرسمى وصدورها امامه لا يمكن الطعن فيه ، فهى من هذه الناحية اقرار امام موظف رسمى من شانه تدوين هذه الأقوال فى مثل الحادثة التى يحققها ، وغير خاف أن الاعتراف بالزوجية يسرى على الكافة ووقوعه بعد طلاق ثلاث لا يؤثر عليه ما دامت هناك مدة كافية لحل الزوجة لمطلقها وما دام ان اقارير الأشخاص تحمل على الصحة والسداد وانه يجب حمل حال المسلمين على الصلاح (هذا الحكم صدر قبل العمل بالقانون ٧٨ سنة ١٩٣١) .

٢٩/١٦ ك مصر (٢٧/٥/٣٠) ت س م ش ٢/٣٤

□■□

(المبدا ٤٠) : اقرار القريب بانه غير وارث لا يمنعه من دعوى الارث بعده اذا تبين له ان قرابته تورثه خصوصا اذا كان ارثه محل خفاء لان اقراره هذا باطل ومكذب شرعا ، ولا يتقيد سماع دعواه بعدم وجود مدع للارث وقت الاقرار .

اقرار القريب بانه غير وارث لا يمنعه من دعوى الارث بعد ذلك اذا تبين له ان قرابته تورثه خصوصا اذا كان موضع خفاء كما هنا لبعد النسب بين المدعى والمتوفى حسب دعواه . فان النص الشرعى يقضى بأن الوارث اذا اقر بانه ليس وارثا وكان فى واقع الامر وارثا كان اقراره باطلا لأنه مكذب شرعا على انه لو كان هذا الاقرار مطلقا غير مقترن بانه قريب فانه لا يمنع من سماع الدعوى سواء كان هناك من يدعى الارث سواه أم لم يكن فان النص الشرعى فى ذلك عام كما فى الدر وحواشيه لا كما ذهبت اليه المحكمة من تقييده بعدم وجود مدعى الارث وقت الاقرار .

٣٧/٨٢ العليا الشرعية (٣/١٠/٣٨) م ش ١١٨/١٠

□■□

(المبدأ ٤١) : تصديق الورثة الزوجة على الزوجية ودفع الميراث لها لا يمنع من سماع دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه .

تصديق الورثة الزوجة على الزوجية ودفع الميراث لها لا يمنع من سماع دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه لقيام العذر بهم حيث استصحبوا الحال فى الزوجية وخفيت عليهم البينونة فى الطلاق .

٢٩/٣٩ ق (٦٢/٥/٢٣) س ٦٦٤/١٢

□■□

(المبدأ ٤٢) : انتهاء الحكم الى عدم تنجيز التصرف واخفائه لوصية ـ لا اثر لتسجيل العقد حال حياة البائع فى تصحيح التصرف او نقل الملكيةـ التسجيل لا يصحح عقدا باطلا ، ولا يحول دون الطعن فى العقد بانه يخفى وصية .

متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان التصرف لم يكن منجزا ، وانه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع اى اثر فى تصحيح التصرف او نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقدا باطلا وكما انه لا يحول دون الطعن فى العقد بانه يخفى وصية .

نقض ٢٩/٣٩ ق (٦٤/١/٩) س ١٥ ص٤٤

□■□

(المبدأ ٤٣) : اذا اتحدت جهة القرابة فى الارث قدم الأقرب درجة .

اذا اتحدت جهة القرابة فى الارث قدم الأقرب درجة الى المتوفى بصرف النظر عن قوة القرابة .

٥١/٨ العليا الشرعية (٥١/١٠/٢٩) م ش ٥٧٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٤٤) : الارث بسبب الزواج يعتمد قيام الزوجية وقت الوفاة.

الارث بسبب الزواج يعتمد قيام الزوجية وقت الوفاة فقط دون حاجة الى الحكم باسناد الزوجية الى ما قبل الوفاة باعوام .

٣٩/٢٠٤٤ ك س مصر (٤٠/٥/٢) م ش ٦٤/٧/١١

□■□

(المبدا ٤٥) : اعتراف مدعية الارث للمتوفى بالزوجية بانقضاء عدتها من مطلقها المتوفى رجعيا مانع من ارثها ولا يؤثر على ذلك كون اعترافها بانقضاء العدة بالحيض تارة وبوضع الحمل تارة اخرى .

حيث ان ورقة زواج المستأنف عليها حجيتها ظاهرة على ما دون فيها ولا عبرة بما قالته من ان ما زاد فيها عن مادة الزواج لا يعد رسميا لأن المستأنف عليها موقعة على هذه الورقة فهي حجة عليها في جميع ما تضمنته وهو اقرارها بطلاقها من الميت وانقضاء عدتها منه فضلا عن ان هذا الجزء من مستلزمات الزواج فهو من موضوع الوثيقة . ومن حيث أن المستأنف عليها ترى اهدار هذا الاقرار لأن جزءا منه وهو الانقضاء بالحيض هذا الجزء تكذبه شهادة ميلاد ابنها كما يكذبه دفع المستأنفة بحصول انقضاء العدة بوضع الحمل واذن يكون الاقرار كله مهدرا . وبما ان هذا الجزء من الاقرار لا تاثير له على الموضوع لان المراة متى طلقت وانقضت عدتها باى وجه فانها لا ترث .

وحيث ان نفس المستأنف عليها اقرت بوضع الحمل بعد الطلاق بشهر ونصف فاذن تكون مادة الوضع غير مختلف عليها وانما النزاع في هل روجعت بعد الطلاق قبل الوضع أم لا ؟ وبما أن المستأنف عليها اقرت بالطلاق وانقضاء العدة في وثيقة زواجها أى انها اقرت بأنها مطلقة ومنقضية العدة لا ترث من هذا الميت وقت أن لو كانت وارثة لما جنحت الى هذا الاقرار . وبما ان النص الفقهي في المراة تدعى الطلاق ثم يموت زوجها فتطلب الميراث أنها لا ترث كما جاء في الأنقروية للتناقض الظاهر بين اقرارها ودعواها .

٢٠٢/٣٢ العليا الشرعية (٣٣/١٢/١١) م ش ٢٣٨/٥

□■□

(المبدا ٤٦) : مدعية الارث بسبب الزوجية بالمتوفى والطلاق وعدم انقضاء العدة .

توقيع مدعية الارث (بسبب الزوجية بالمتوفى والطلاق وعدم انقضاء العدة) وموافقتها على محضر جرد تركة المتوفى الذى عمل بمعرفة مندوب المجلس الحسبي والمتضمن عدد الورثة مع ذكر اسمها ضمنهم فيه ـ لا ينهض دليلا على انقضاء عدتها ، ولا يمنع من وراثتها للمتوفى عند عدم الاثبات .

١٥٤/٢٨ العليا الشرعية (٣٩/١٢/٢٦) م ش ١٢/٢/١٩

□■□

(المبدا ٤٧) : الاقرار بانحصار ارث المتوفى فى اشخاص غير المقر مانع من سماع ادعائه الوراثة لنفسه .

حيث ان المستانفة قدمت أوراقا تمنع قبول ما دفع به المستانف عليه الثاني من انه ابن المتوفاة اذ منها اقرار بانحصار وراثتها فى المستانفة والمستانف عليها الأولى فلا يسمع دفعه .

١٤/٣٣ العليا الشرعية (١١/٦/٣٤) م ش ٥/٨٣١

□■□

(المبدا ٤٨) : الطلاق البائن الصادر فى مرض الموت ــ لا محل للبحث فى خفايا نفس المريض .

المادة ١١ من القانون ٤٣/٧٧ تنص على انه « وتعتبر المطلقة بائنا فى مرض الموت فى حكم الزوجة اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهى فى عدته » يدل على أن المشرع الوضعى قرر اخذا بالمذهب الحنفى أن من كان مريضا مرض موت وطلق امراته بائنا بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال فى العدة ، فان الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره لأنه أهل لايقاعه الا أنهـا ترثه مع ذلك بشرط ان تكون أهلا لارثه من وقت ابانتها الى وقت موته رغم أن المطلقة بائنا لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق البائن استنادا الى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر احتياطا فارا وهاربا فيرد عليه قصده ويثبت لها الارث .

نقض ١٥/٤٠ ق (٧/١/٧٦) ش ٢٧ ص ١٤٩

□■□

(المبدا ٤٩) : اقرار احد الورثة بوارث آخر .

اقرار أحد الورثة بوارث آخر لا يجعله وارثا ولكن يمتد ارثه الى نصيب المقر وحده أخذا باقراره ما لم يقيم دليل على كذبه فيه .

١٩٠٣/٤٠ الزقازيق (٢٨/٩/٤٩) ت س م ش ٢٣/٢٧٠

□■□

(المبدا ٥٠) : للجد مع الأخوة والأخوات لأبوين او لأب حالتان .

اذا اجتمع الجد مع الأخوة والأخوات لأبوين او لأب كانت له حالتان ــ الأولى أن يقاسمهم كأخ ان كانوا ذكورا فقط او ذكورا واناثا عصبن مع الفرع الوارث من الأناث ، والثانية ان ياخذ الباقى بعد اصحاب الفروض

بطريق التعصيب اذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكر أو مع الفـرع الوارث من الاناث .

١١٣٩/٥٢ اشمون (٥٢/٣/٧) م ش ٣٤/١١٤

□■□

(المبدأ ٥١) : ليس محظورا ان يزاد نصيب الام على الجد فى الميراث .

ليس محظورا أن يزاد نصيب الام على الجد فى الميراث لأنها اقرب الى الميت درجة من الجد ولكن المحظور هو تفضيل الام على الأب فى الميراث بزيادة سهمها عنه .

١١٣٩/٥٢ أشمون (٥٢/٣/٧) م ش ٣٤/١١٤

□■□

(المبدأ ٥٢) : اذا مات شخص وكان بين ورثته مفقود فانه لا يرث منه لعدم تحقق حياته وقت موت هذا المورث .

اذا مات شخص وكان من بين ورثته مفقود اى غائب غيبة منقطعة فان هذا المفقود لا يرث منه لعدم تحقق حياته وقت موت هذا المورث غير انه اذا كان حال هذا المفقود غير مستبين ولا واضح فمن الجائز أن يكون قد مات ومن الجائز أن يكون لا يزال باقيا على قيـد الحياة . فقد قرر الفقهاء أيضـا أن نصيبه فى التركة يجب أن يوقف له الى ان تظهر حالته فان ظهر حيا استحق ما وقف له من التركة وأخـذه لأنه تبين أنه كان موجودا فى وقت وفاة مورثه وان ظهر ميتا أو حكم القاضى بموته بناء على القرائن القاطعة بالتطبيق للمادة ٢١ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ فما وقفنـاه لأجله ينتقـل الى ورثة مورثه الذين كانوا موجودين وقت وفاته لان حيـاة المفقـود لم تكن متحققـة وقت موت مورثه فلا يستحق ارث شيء من تركته وتكون التركة كلها حقا للورثة الموجودين وقت موت المورث ولا شيء للمفقـود فيهـا وذلك ما يقضى به نص المـادة الثـانية ق ١٩٤٣/٧٧ .

١١/٥١ ك الزقازيق (٥١/٣/٢٥) م ش ٢٢/٢٣٣

□■□

(المبدأ ٥٣) : ثبوت اقرار الوارث لغيره بما يجعله شريكا له فى الاستحقاق يقتضى معاملة المقر باقراره ولا يدفع هذا الاقرار ادعاء سبق تكذيبه من المقر له بدون أوراق ، كتابية أو من المتوفى فى حياته .

حكم اقرار الوارث بوارث آخر وبيان ذلك أن الوارث اذا كان واحـدا

واقر لوارث آخر فلا يثبت نسبه اقرار هذا الوارث الواحد عند ابى حنيفة ومحمد لأنه اقرار على الغير فهو شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة وقال ابو يوسف يثبت به النسب ، وان كان الوارث أكثر من واحد بأن كان رجلين أو رجلا وامراتين فاقروا بوارث آخر ثبت نسبه من المتوفى باقرارهم لكمال النصاب ـ هذا فى حق ثبوت النسب من الميت ـ اما فى حق استحقاق الميراث فيما تركه المتوفى فان المقر يعامل باقراره ويشاركه المقر له فى الميراث الذى فى يده فيعامل فيما فى يده معاملة ما لو ثبت النسب من المتوفى .

ق ٣٢/٣٧ ك مصر (٣٤/١/٢٣) م ش ٣٢٥/٦

□■□

(المبدأ ٥٤) : **الوارث خصم فى اثبات الدين على المتوفى ، والمودع خصم فى الاستيفاء من الوديعة بعد اثبات الدين فى مواجهة الوارث .**

جاء فى جامع الفصولين من الفصل الثامن والعشرين فى مسائل التركة والورثة والدين فى التركة من الجزء الثانى (أن أحد الورثة ينتصب خصما عن مورثه فى دعوى الدين ولو لم يكن بيده شىء من التركة) ومثل ذلك فى الهندية بالجزء الثالث من الفصل الحادى والثلاثين فى القضاء على الغائب وقيام بعض أهل الحق عن البعض فى اقامة البينة وكذا فى البزازية من كتاب الدعوى ، وجاء فى جامع الفصولين بالفصل السابق أن الدائن لا يملك اثبات الدين على مديون الميت ولو أثبته على من يصح اثباته عليه كوصى ووارث ثبت له حق الاستيفاء فيه ، ولا فرق بين المديون والمودع كما يفهم من الخانية باب الوديعة من أن امراة اذا طلبت النفقة من المودع وكان مقرا بالوديعة يأمره القاضى بالدفع اليها والمدين فى حكم المودع وجاء فى البزازية من الخامس من كتاب الدعوى نقلا عن الدخيرة (ادعى دارا على ذى اليد فقال ذو اليد انها وديعة فلان الغائب واقر المدعى بالوديعة فلا خصومة بينهما حتى يحضر الغائب وان علم الحاكم أن الغائب غصبها من المدعى واودعها ذا اليد فانه يأخذها منه ويسلمها الى المدعى) فيتلخص من ذلك كله أن المودع يكون خصما فى الأداء والاستيفاء بعد ثبوت الدين اذ الحق على من يمثل الغائب أو المتوفى .

١٩٤٤/٣٦ طنطا (٣٧/٦/٢٨) م ش ٨/٧/٣٠٤

□■□

(المبدأ ٥٥) : **التحايل على مخالفة أحكام الارث باطل .**

التحايل على مخالفة أحكام الارث باطل بطلانا مطلقا ، لكنه لا يمنع المالك الكامل الأهلية من حرية التصرف فى ملكه تصرفا غير مشوب بعيب من العيوب ، ولو أدى تصرفه هذا الى حرمان ورثته أو الى تعديل انصبتهم .

٧٣٢/٥٧ س مصر (٤١/٦/٨) م ش ٣/٤/٧٨

□■□

(المبدأ ٥٦) : الوارث ينتصب خصما عن الميت حقيقة فى دعاوى الارث.

الوارث انما ينتصب خصما عن الميت فى دعاوى الارث ولكن لاينتصب خصما عن الغائب لأنه حى فى حق نفسه فلا يأخذ المدعى عليه صفة كونه وارثا بعد الحكم بموته .

١٢٧١/٤٥ سوهاج (٤٦/٦/٥) ع ش ٣٤/٩

□■□

(المبدأ ٥٧) : غير المسلم لا يرث مسلما ولا مرتدا .

حيث أن بيت المال الذى حلت محله وزارة المالية وان عد فى المادة ٥٨٤ من كتاب الأموال الشخصية لقدرى باشا مستحقا للتركات التى لا مستحق لهـا الا انه ليس معتبرا فى نظر علماء الشريعة الاسلامية وارثا بدليل جواز الوصـية بكل التركة ممن توفى بلا وارث غير بيت المال ، لو كان بيت المـال معتبرا وارثا لما جازت الوصية بأكثر من الثلث بدليل أن لمتولى بيت المال أن يسوى فى العطاء من أمواله بين الذكور والأناث وذلك لا يحصل فى المواريث ، وبدليل أن مال الذمى يؤول لبيت المـال اذا لم يترك وارثا ويصرف منـه للمسلمين وغيرهم ولا ميراث بين المسلم والذمى وانما هو معتبر أمينـا على الأموال التى لا مالك لها .

٢١/١ ق (٣٢/٥/٢٦) ع ش ٤٧٩/٤

□■□

(المبدأ ٥٨) : القانون الواجب التطبيق فى مسائل المواريث .

ان القاعدة الأساسية فى مواريث المصريين غير المسلمين انها تجرى وفق احكام الشريعة الاسلامية ما لم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك .

نقض ٤/٩ ق (٣٥/٥/٣٠)

□■□

(المبدأ ٥٩) : لا يمتنع ميراث احدى الزوجتين بادعاء الأخرى طلاقهـا وانقضاء عدتها قبل وفاة الزوج اذا عجزت عن اثباته متى حلفت المدعى عليها اليمين على نفيه .

حيث أن المدعية دفعت بأن المتوفى طلق المدعى عليها الثـالثة وانقضت عدتها منه قبل وفاته بالأشهر لبلوغها سن اليأس ــ ومن حيث انها عجزت

عن اثبات دلك وحلفت المدعى عليها الثالثة اليمين على نفيــه فيكون المتوفى زوجتان المدعية والمدعى عليها الثالثة وتستحق كل منهما نصف ثمن تركته .

٣٤/٦٤ ك مصر (٣٦/١/١٩) ت س — ع ش ١٢٤/٨

□■□

(المبدأ ٦٠) : لا يرث الحمل اذا كان من غير المتوفى اذا ولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ وفاة المورث .

حيث أن المنصوص عليه شرعا أن الحمل اذا كان من غير المتوفى فانما يرثه اذا ولد لســتة أشهر فأقل من تاريخ الوفاة (الجزء الخامس من ابن عابدين فى توريث الحمل) .

٣٦/١١٤ ك س أسيوط (٣٧/٨/٦) — م ش ٢٥٣/٧/٨

□■□

(المبدأ ٦١) : الدفع بتجرد دعوى الارث من دعوى المــال لا يمنع من الفصل فى كيفية الوراثة اولا .

حيث أن الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فيها بالرفض (قبل القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩) للعجز عن الاثبات ـ ترى المحكمة أنه واجب للرفض ـ لأن الدعوى كانت مبنية على اجراءات مطابقــة لأحكام مذهب الامام أبى حنيفه وكانت المحاكم فى ذلك الوقت لا تحكم بثبوت وفاة المفقود الا بعد أن يثبت لديها وفاة أقرانه ، ولكن حيث صــدر القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ الذى تغيرت به اجراءات الحكم بثبوت وفاة المفقود عن الحالة الأولى فلا يكون الحكم الصادر برفض دعواه المذكورة قبل صدور القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ مانعا من سماع دعواه الآن ويتمين لذلك رفض الدفع المذكور .

وحيث ان وكيل المدعى عليها دفع الدعوى بأنهــا غير مسموعة لخلوها من المــال والوجه الوارد بدفعــه ـ وتمسك بهــذا الدفع وقال انه لا وجه لملاحظته على المثبت للدعوى متى كانت غير مسموعة . وحيث أن محل نظر هــذا الدفع والفصل فيه عند الفصل فى دعوى المــال ولا مانع شرعا من أن يثبت المدعيان الصفة قبل أن يثبت المال كما لا مانع من الفصل فى الصفة قبل السير فى دعوى المال ، واذن فلا وجه لتمسك الوكيل المذكور بدفعه وعــدم ملاحظته على ما قدم لاثبات الصفة .

٢٩/٣ ك اسكندرية (٣٠/٤/٢٨) — م ش ٤٤٤/٣

□■□

(المبدأ ٦٢) : القتل المانع من الارث .

القتل المانع من الارث شرعا هو القتل الموجب للقود او الكفاره .

٢٩/٢١٦ العليا الشرعية (٣٠/١٠/٣٠)　　　ع ش ٢/٢٥٧

□■□

(المبدأ ٦٣) : القتل المانع من الارث لا بد ان يقوم عليه دليل شرعى او اعتراف المتهم .

اذا لم يبن حكم محكمة الجنايات على اعتراف المتهم بانه قتل ، ولم يقم دليل شرعى على القتل فلا يصح أن يكون مستندا على القتل المانع من الارث .

٢٩/٢١٦ العليا الشرعية (٣٠/١٠/٣٠)　　　ع ش ٢/٢٥٧

□■□

(المبدأ ٦٤) : الضرب المفضى الى الموت قتل يمنع الضارب من الارث .

الضرب المفضى الى الموت قتل يمنع الضارب من ارث المضروب ولو لم يقصد الضارب القتل وهو من النوع الذى يسميه الفقهاء شبه عمد .

٢٩/٢٧٤ السويس ت (٣٠/٧/٢٦)　　　ع ش ٩/٨٣٦

□■□

(المبدأ ٦٥) : يمنع الارث باختلاف الدار بين غير المسلمين وهو يتحقق بين الذمى (رعية الدولة الاسلامية) والحربى حكما المستأمن (التابع لدولة غير اسلامية) .

ان المقرر شرعا ان اختلاف الدار مانع من التوارث سواء أكان اختلافا حقيقيا كالحربى فى دار الحرب مع الذمى فى دار السلام أو كان اختلافا حكيما كالمستأمن والذمى فى دار الاسلام أو الحربيين فى دارين مختلفين .

متى يصير المستأمن ذميا ؟

المنصوص عليه شرعا أن المستأمن لا يصير ذميا الا اذا وقت له الامام وقتا معينا للاقامة فتجاوزه فيكون حينئذ ذميا وتخلع عنه حينئذ جنسيته وتبعيته لبلاده الأولى ولا يجوز اذ ذاك التعرض له واخراجه من بلاد الاسلام بعد ذلك ، ومن حيث أن التقاليد الجارية والقوانين المعمول بها فى المملكة المصرية ان الرعايا الأجانب يقيمون بها من غير تحديد وقت لاقامتهم وان هذه الاقامة مهما طال عهدها لا تكسبهم حق البقاء أو تمنحهم الجنسية المصرية

وان « الملك » البلاد فى كل وقت ان يخرج من رعايا الدول الأجنبية المقيمين بالمملكة المصرية من يرى اخراجه بلا شرط ولا قيد .

١٣٢/٣٢ك مصر (٣٤/٣/١٢) م ش ٢٥١/٦

□■□

(المبدأ ٦٦) : اختلاف الدين مانع من موانع الارث .

اختلاف الدين مانع من موانع الارث لقوله صلى الله عليه وسلم « لا توارث بين مسلم وغير مسلم » .

ق ١٣/٥٠ ك مصر (٥٠/٥/٢٠) ت س م ش ١٩٧/٢٣

□■□

(المبدأ ٦٧) : غير المسلم لا يرث مسلما ولا مرتدا .

غير المسلم لا يرث مسلما ولا مرتدا .

١٩٨٣/٤٨ الزقازيق (٤٩/٩/٢٨) ت س م ش ٩٧٠/٢٣

□■□

(المبدأ ٦٨) : المرتد لا يرث احدا .

ان المنصوص عليه شرعا أن المرتد لا يرث احدا .

١٧٦/٣٠ ابو قرقاص (٣١/٢/١) م ش ٩٦٠/٢

□■□

(المبــدأ ٦٩) : حكم ميراث المرتد باق على حاله فى مذهب الامام ابى حنيفة من ان كسبه فى مال اسلامه لوارثه المسلم وفى حال ردته قولان حيث لم ينص على حكمه فى القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ .

المقرر فى مذهب أبى حنيفة ان الرجل اذا ارتد عن الاسلام ثم مات على ردته ورث كسبه فى عهد اسلامه قريبه المسلم اما كسبه فى حال ردته فيرى الامام انه فى بيت المال والصاحبان على انه لقريبه المسيحى .

٢٧/٤٤ك المنيا (٤٦/١/٢٧) م ش ١١٥/١٨

□■□

(المبدا ٧٠) : يعتبر الوارث والمورث كالشخص الواحد فى حساب مدة التقادم .

ان الوارث والمورث كالشخص الواحد فى حق المدة فتحسب المدة فى حقيهما جميعا كما اذا كان احدهما هو الخصم فتكمل مدة هذا مدة ذاك وتعتبر كأنها مدة واحدة .

٣٧/٧٣٣ س مصر (٤١/٦/٨) م ش ٧٨/٤/٣

□■□

(المبدا ٧١) : اعلام الوفاة والوراثة فى ذاته لا يمنع من له حق الارث فى اثبات حقه امام القضاء .

اعلام الوفاة الوراثة فى ذاته لا يمنع من له حق فى الارث فى كل التركة من ان يثبت حقه امام القضاء على خلاف ما صدر به الاعلام لأن ثبوت الوفاة الوراثة والاعلامات الشرعية ليست حكما على الكافة فى خصومة قضائية بالوفاة والوراثة ـ فيكون من حق المحكمة الشرعية أن تنظر فى هذه الخصومة ولا يمنعها من نظرها صدور أعلام الوفاة والوراثة من المجالس الملية أو المحاكم الشرعية .

٤١/١٤٥ العليا الشرعية (٤٣/٦/١٤) م ش ٤١/١٦

□■□

(المبدا ٧٢) : دعوى الارث ـ الحكم فيها دون اجراء تحريات مسبقة من الجهات الادارية . لا خطأ التحريات المشار اليها فى المادة ٣٥٧ لائحة ـ قبل الغائها ـ نطاق تطبيقها .

اذا كانت الدعوى الماثلة هى دعوى ارث تنظرها وتفصل فيها المحاكم بصفتها القضائية ولا يشترط القانون فيها اجراء تحريات مسبقة من الجهات الادارية ، وكانت التحريات المشار اليها فى المادة ٣٥٧ من المرسوم بقانون ١٩٣١/٧٨ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية معدلة بالقانون رقم ١٩٥٠/٧٢ قبل الغائها بالقانون رقم ٦٨/ ١٩٦٤ يقتصر نطاق تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة والوراثة التى تختص بها المحاكم الجزئية ، وتصدر فيها بصفتها الولائية اشهادات متعلقة بحالة الانسان المدنية ، تكون حجة فى خصوصها ما لم يصدر حكم على خلافها عملا بالمادة ٣٦١ من ذات اللائحة ، وقد أصبح اجراء هذه التحريات ـ حتى فى هذا المجال ـ متروكا لمحض تقدير المحكمة وفقا للتعديل الذى جرى على المادة ٣٥٩ من اللائحة بمقتضى القانون

رقم ١٩٦٤/٦٨ آنف الاشارة ، فان النعي على الحكم ــ بانه اغفل القيام بهذا الاجراء يكون على غير أساس .

نقض ٢/١١/٤٢ ق　　　　　س ٢٧ ص ٦٨٥

□■□

(المبدأ ٧٣) : لا يسقط الحق في الادعاء بالارث بمضي خمس عشرة سنة ودفع الدعوى بذلك دفع باطل .

ان ما دفع به وكيل المستانف من مضي المـدة ــ دفع غير صحيح شرعا لأن دعوى الارث لا يسقط الحق فيها بمضي خمس عشرة سنة .

٣٩/١٣٢ العليا الشرعية (١١/٦/٤٠)　　　　　م ش ٢٢/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٧٤) : قيام الوارث مقام المورث في صدد حجية التصرف .

يعتبر الوارث في الأصل قائما مقام المورث في صدد حجيـة التصرف الصادر منه فيتقيد في اثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابي الذي يقيـد سلفه ، الا انه اذا طعن في التصرف بانه ينطوى على وصية وقصد به الاحتيال على قواعد الارث اضرارا بحقــه فيه ، فان اثبات هذا الاحتيــال باى طريق من طرق الاثبــات يكون جائزا له جوازه لسلفــه ولو ادى ذلك الى اهدار اقرارهما بصحة البيع في العقد .

نقض ٣٤/١٢٥ ق (٦٧/١١/٢١)　　　　　س ١٧٣٦/١٨

□■□

(المبدأ ٧٥) : الوارث بالنسبة الى الاقرارات الصادرة من المورث .

الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة الى الاقرارات الصــادرة من المورث ، ومن ثم فانها تسرى عليه ، غير ان له أن يثبت باى طريق من طرق الاثبات ان حقيقتها وصية قصد بها ايثار أحد الورثة اضرارا به .

نقض ١٩/١ ق　　　　　س٢ ص٦٩٤

□■□

(المبدأ ٧٦) : مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضــافة الى ما بعــد الموت . خضوعها لقــانون المورث او الموصى او المتصرف وقت وفاته . شرطه .

لئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضــافة الى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة ١٧ من التقنين المدنى لقانون المورث او

الموصى او من صدر منه التصرف وقت موته ، الا انه متى كان القانون الواجب التطبيق اجنبيا فان تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام او الآداب في مصر وفقا لما تقضى به المادة ٢٨ من التقنين المدنى .

نقض ١٠/٤٨ ق س ٣٠ ص ٧٧٢

□■□

استئناف

(المبدأ ١) الاستئناف يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها .

حيث ان المادة ٣١٧ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ تقضى بان استئناف الحكم يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف. وحيث انه بناء على ذلك يكون واجب محكمة الاستئناف هو النظر فى الحكم المستأنف ، فان رأته صحيحا أيدته وان رأته ناقص اثبات طلبت الباقى الخر عليه ، فان اثبت أيدته ايضا وان عجز عن الاثبات الغته ورفضت الدعوى ـ وان رأته مدفوعا بدفع لم يثبت طلب اثباته ، فان اثبت قبلت الدفع والغت الحكم المستأنف ورفضت الدعوى وان عجز عن اثباته رفضت الدفع وايدت الحكم .

ومن حيث ان ذلك يدل دلالة واضحة على ان الدفوع التى تقدم لمحكمة الاستئناف او التى تقدم لمحكمة المعارضة ينظر فيها بقطع النظر عن حدوثها بعد صدور الحكم الأصلى او قبله لأن الدعوى تعتبر منظورة من مبدأ رفعها امام المحكمة الجزئية الى نهاية الحكم الاستئنافى فيها ويعتبر عمل محكمة الاستئناف متمما لعمل محكمة اول درجة الغرض منهما واحد ، وهو ايصال الحق الى صاحبه بناء على اجراءات شرعية صادرة أمام محكمة اول درجة وحدها او متممة أمام المحكمة الاستئنافية .

٣٠/٥٦٤ س الزقازيق (٣١/١١/١) م ش ٢٥٩/٣

□■□

(المبدأ ٢) : استئناف الحكم ـ اثره .

المادة ٣١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهى ضمن المواد التى ابقى عليها القانون ١٩٥٥/٤٦٢ تقضى بان الاستئناف يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف ، بحيث يجب على محكمة الاستئناف اعادة النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والادلة المقدمة الى محكمة اول درجة واى دفع او دليل آخر يقدم امامها .

نقض ٥٣/٣٥ ق (١٩٨٤/٤/١٧) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٣) الاستئناف اثره

من المقرر فى قضاء النقض انه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمتـه الى محكمة الاستئناف واعادة طرحه عليهـا مع أسـانيده القـانونية وادلته الواقعية . وانه نتيجـة للأثر الناقل يعتبر مطروحا على محكمة ثانى درجة كل ما كان قـد ابدى أمام محكمـة اول درجة من اوجه دفاع ودفوع ، فيتعين عليهـا أن تقول كلمتها فيها ولو لم يعـاود المستانف عليه التمسك بها ولو تغيب او حضر ولم يبد دفاعا ، وسواء كانت محكمـة اول درجة قد فصلت فى تلك الأوجه أو اغفلتها ، الا ان يكون المستانف عليه قد تنازل عنها ، وانه لا يعد تنازلا منه طلبه تايد الحكم المستانف لأسبابه التى اقيم عليها .

نقض ٤٥/٩٣٧ ق — س ٣٠ ص ٣٢٨

□■□

(المبدأ ٤) : الاستئناف ليس خصومة جديدة .

الاستئناف ليس خصومة جـديدة بل هو امتـداد للخصومة الأولى ومتمم لها فلا يملك المستانف غده العدول عما اتفق عليه ولا يسمع منـه دفاع الآن بما يخالفه .

٤٨/٣٩ العليا الشرعية (٤٨/٤/١٩) — م ش ٢١/٢٢٨

□■□

(المبـدأ ٥) : للمـدعى ان يعود الى ما قضى برفضـه من دفوعه فى الاستئناف المرفوع من خصمه ولو لم يرفع هو استئنافا .

وحيث أن وكيل المستانف عليها قرر انه يجدد الدفع بعدم الاختصاص ويدفع به امام محكمة الاستئناف ـ وقد نصت المادة ٣١٧ من اللائحة على أن الاستئناف يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستانف وان محكمة الاستئناف تعيد النظر فيما رفع عنه الاستئناف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة الى محكمة اول درجة وعلى اى دفع او دليل آخر يقدم فى الاستئناف من قبل الخصوم واذن يكون نظر هـذه المحكمة فى هذا الدفع على أساس طرح النزاع فيه امامها من جديد (وان كان قد سبق أن دفع به فى القضـية الجزئية) لا على اساس استئنافه اسـتقلالا ويكون ما ذكره وكيل المستانفين من ان قرار رفض الدعوى أصبح نهائيا لمضى مدة استئنافه غير معول عليه .

٣٠/٢٦٠١ س ك مصر (٣٢/١/٦) — م ش ٣/٨٥٣

□■□

(المبدا ٦) : المادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

المادة ٣٠٥ من المرسوم بقانون رقم ١٩٣١/٧٨ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجيز استئناف كل حكم او قرار صادر فى الاختصاص او بسماع الدعوى او عدمه لا ينسحب اثرها على الاستئناف وحده لأنه لا نظير لها فى الأحكام الخاصة بالنقض .

نقض ٣٦/٢٣ ق (٧١/٢/٢٤) س ٢٢ ص ٩٣٢

□■□

(المبدا ٧) : الأصل جواز استئناف كل حكم ما لم يوجد نص بعدم جواز الاستئناف .

ان القانون نص فى المادة ٣٠٤ على قاعدة اساسية وهى ان الأصل جواز استئناف كل حكم او قرار ما لم يوجد نص صريح فى القانون على عدم جواز الاستئناف فيجب تطبيق هذه القاعدة كلما اشتبه الأمر فى جواز الاستئناف وعدمه للغرض الذى توخاه المشرع وهو ايثار فتح باب الاستئناف على اغلاقه تحقيقا للعدالة ومنعا لتضرر الخصوم .

٤١/١٨١٩ س ك مصر (٤٢/٧/٢٧) م ش ٥٧/٣/١٤

□■□

(المبــدا ٨) : الحكم برفض الدفع بعدم سماع الدعوى ــ جائز استئنافه .

الحكم الصادر من محكمة اول درجة برفض الدفع بعدم سماع الدعوى يجوز استئنافه طبقا للمادة ٣٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وعلى محكمة الاستئناف وقد استأنفت وزارة الأوقاف والنيابة العامة هذا الحكم ان تفصل فى الاستئناف دون أن تعيد الدعوى الى محكمة اول درجة .

نقض ٣٨/١٢ ق (٧٢/٤/١٩) س ٢٣ ص ٧٣١

□■□

(المبدا ٩) : خضوع الاستئناف فى مسائل الأحوال الشخصية من حيث اجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى لائحة المحاكم الشرعية .

نصت المادة ٥ ق ١٩٥٥/٤٦٢ على أن تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية . . عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة

فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية او القوانين الأخرى المكملة لها ولم تلغ المادة الثالثة عشر من القانون المشار اليه ضمن ما الغته المواد الخاصة بالاستئناف الواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ فيما عدا نص المادة ٣٢٨ ـ ومن ثم فان الاستئناف يخضع فى اجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى ذلك الفصل ابتداء من المادة ٣٠٤ ولما كانت هذه المواد لم توجب وضع تقرير تلخيص يتلى قبل بدء المرافعة فان النعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لعدم اتباع هذا الاجراء يكون فى غير محله .

نقض ٢٧/٢ ق (٥/٥/٦٠) س ٣٨٣/١١

□■□

(المبدأ ١٠) : مواعيد استئناف الأحكام الجزئية والأحكام الكلية ـ هى مواعيد كاملة فلا يحتسب فيها يوم صدور الحكم ولا يوم تقديم الاستئناف وكذا مواعيد المعارضات فى احكام محاكم اول درجة .

نص المادة ٣٠٧ من اللائحة على أن ميعاد استئناف الأحكام هو ميعاد كامل فان نصها هو ما يأتى : « ميعاد استئناف الأحكام الصادر من المحاكم الجزئية ١٥ يوما كاملة وميعاد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الكلية الابتدائية ٣٠ يوما كذلك » . اى كاملة ايضا وكذا نص القانون على أن ميعاد المعارضة فى الأحكام الغيابية الاستئنافية اى الصادرة من محكمة اول درجة هو ميعاد كامل كما يعلم من نص المادة ٢٩٣ . اما المعارضة فى الأحكام الغيابية الاستئنائية اى الصادرة من محكمة ثانى درجة سواء كانت صادرة من محكمة كلية او من المحكمة العليا فميعادها غير كامل كما يعلم من نص المادة ٣٢٥ ، اما باقى المواعيد خلاف ما ذكر فلم ينص القانون على انها كاملة. فميعاد قيد الاستئناف المنصوص عليه فى المادة ٣١٤ لم ينص القانون على انه ميعاد كامل ، اما مواعيد الطعن حسب قانون المحاكم الشرعية لم يوصف فيها بالكمال سوى ميعاد الاستئناف (٣٠٧) وميعاد المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة من محاكم اول درجة جزئية ام كلية (٢٩٣) .

٤٢/٩٨٠ س ك مصر (٣/٤/٤٣) م ش ٢١٨/١٤

□■□

(المبدأ ١١) : معاد الاستئناف من النظام العام الواجب على المحكمة بحثه من تلقاء نفسها لمعرفة ما اذا كان الاستئناف مقبولا شكلا او لا .

حيث أن كون الاستئناف فى هذه القضية مقبولا شكلا او لا يتوقف على بحث ما قررته محكمة اول درجة فى المعارضة التى قدمها المستأنف فى

هذا الحكم اذ لو كان الفصل صحيحا لوجب أن يبتدىء ميعاد الاستئناف من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة وهو اليوم الثالث من الأيام التالية ليوم الاعلان بالصورة التنفيذيه، وحينئذ يكون الاستئناف غير مقبول شكلا لأنه مقدم فى ١٠/٦ والاعلان حصل فى ٧/١٥ ولو كان غير صحيح لوجب أن يبتدىء ميعاد الاستئناف من اليوم التالى ليوم الفصل فى المعارضة . وحيث أن محكمة أول درجة فصلت فى المعارضة بعدم القبول شكلا بناء على أن الصور التنفيذية اعلنت فى ٧/١٥ والمعارضة قدمت فى ١٩ منه وكان الواجب تقديمها فى ١٨ منه على الأكثر اذ هو اليوم الثالث من الأيام التالية ليوم الاعلان بالصورة التنفيذية .

وحيث نرى أن الفصل فى المعارضة بعدم القبول شكلا غير صحيح لان المادة ٢٩٣ من اللائحة نصت على أن مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية بوصف الأيام بكلمة « كاملة » ومن حيث أن شراح المرافعات قد اصطلحوا على أن المواعيد المقررة فى قانون المرافعات قسمان — ميعاد كامل وميعاد غير كامل ، فالميعاد الكامل هو الذى بهذا الوصف فى النص القانونى كما اصطلحوا كذلك على أن الميعاد الكامل يستبعد منه اليوم الذى حصل فيه الاعلان وكذا اليوم المقتضى اجراء الاعلان فيه كحضور جلسة مثلا — قال فى شرح اللائحة ما نصه — الميعاد الكامل والميعاد غير الكامل ، يكون الميعاد كاملا فى اصطلاح شراح المرافعات اذا استبعد منه اليوم الذى حصل فيه الاعلان وكذلك اليوم المقتضى اجراء العمل فيه كحضور جلسة مثلا .. وقال فى الشرح المذكور رقم ٦٥٨ ما نصه : « ميعاد المعارضة واعلان الصور التنفيذية المراد فى قبول المعارضة على العلم بالتنفيذ ويعتبر المحكوم عليه عالما بالتنفيذ بمجرد وصول صورة الحكم التنفيذية اليه بالطرق المقررة ، وبناء على هذا العلم يبدأ سريان الميعاد الذى يجوز المعارضة فيه وهو ثلاثة أيام كاملة بمعنى أنه لا يحتسب لا يوم الاعلان ولا اليوم الذى تقدم فيه المعارضة فجملة الأيام فى الواقع خمسة .

وحيث ان أمر المواعيد المقررة فى المرافعات من المسائل الوضعية التى لا ارتباط لها بالنصوص الفقهية فيجب الوقوف عندما تقرر فيها ».

وحيث ان هذا أمر اصطلاحى قد اصطلح عليه شراح المرافعات ولا مشاحة فى الاصطلاح فقد وجب الأخذ بما قرره علماء المرافعات فيه — أما ان هذا الاصطلاح متفق عليه بين شراح المرافعات فهذا ما نقله لنا شراح اللائحة على أننا قد تبيناه من الرجوع الى أصول هذه الشراح مع بعض علماء القانون أيضا .

وحيث انه فضلا عما ذكر فان معنى المادة ٢٩٣ الذى يطابق السياق ويوافق روح التشريع هو ان الثلاثة ايام قد رخص بها المشرع للمحكوم عليه غيابيا ليكون رأيه فى الدفاع عن حقه بعد العلم بالتنفيذ ورخص له بها كاملة كما صرح به وأذن فلا بد من أن يتمكن من استيفاء حقه ، ولا يتأتى تمتعه بهذا الحق ما دام يجب عليه الا يتجاوز اليوم الثالث من هذه الأيام الثلاثة بالاتفاق وانت اذا راجعت المواد السابقة على هذه المادة من فصل المعارضة لما امتريت فى أن قصد المشرع هو هذا .

واما ما يوهمه نص المادة من أن الثلاثة الأيام ظرف للمعارضة بحيث لا تقبل قانونا الا اذا قدمت فى مدى هذا الظرف فهو خلاف ما يقصده المشرع وما يتفق مع ما اصطلح عليه علماء القانون . وانت لو رجعت الى اقوالهم فى هذا الباب لظهر لك جليا أن ما يتبادر هنا ليس هو المراد . ذلك لانك تجدهم يعقدون فرقا بين التعبير بجملة » مدة المعارضة فى ثلاثة ايام « بزيادة حرف « فى » بين هذه الجملة من غير زيادة هذا الحرف فيقولون أن العبارة الأولى تقتضى أنه يجب أن تقدم المعارضة فى مدى الثلاثة الأيام والعبارة الثانية لا تقتضى ذلك لأن حرف « فى » نص صريح فى الظرفية مع أن المعروف عندنا أن كلمة « مدة » المقصود بها « مدى » هى ظرف على معنى فى ــ لكن لكل لغة اصطلاح . ويجب حمل هذه القوانين على اصطلاح أهلها .

ومما يساعد على ذلك ما جاء فى المادة ٥٢ لائحة ونصها « ميعاد الحضور يكون على الأقل ثلاثة ايام فى القضايا الجزئية وستة أيام فى القضايا المستأنفة وذلك غير يوم تسليم الصورة ويوم الحضور » ــ لأن مغزى الميعاد والأصل الباعث على التحديد فيهما واحد وهو تمكن صاحب الحق من الدفاع عن حقه بوقت كاف ــ وما دام الأمر كذلك فلا يكون يوم الاعلان ولا اليوم الأخير محتسبا . فاذا قدمت المعارضة فى اليوم الخامس وقع تقديمها صحيحا وفى الميعاد القانونى .

٣٠/٦٦٧ س ك اسكندرية (٣١/١١/٢٢) م ش ٢٦٢/٣

□■□

(المبدأ ١٢) : ميعاد استئناف الأحكام الغيابية التى تقرر فيها باعتبار المعارضة كأن لم تكن من تاريخ صدور هذا القرار .

يبتدىء ميعاد استئناف الأحكام الغيابية التى عورض فيها وتقرر باعتبار المعارضة كأن لم تكن من تاريخ صدور هذاالقرار لأنه هو اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة .

٤٤/١٩٤ س ك أسيوط (٤٥/٩/١٠) م ش ٣٨٤/١١

□■□

(المبدا ١٣) : اذا رفعت المعارضة بعد اعلان الصورة التنفيذية من الحكم الغيابى (فى الميعاد) واعتبرت كأن لم تكن فميعاد الاستئناف يبتدىء من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية .

حيث أن ميعاد الاستئناف فى حالة ما اذا اعتبرت المعارضة كأن لم تكن يبتدىء ميعاده من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية لأن اعتبار المعارضة كأن لم تكن يسقط كل الحقوق التى اكتسبها المعارض التى من ضمنها قطع ميعاد الاستئناف .

٢٩/٩٤٥ س ك مصر (٣٠/٤/٢٣) م ش ٤٤٧/٢

□■□

(المبدا ١٤) : الحكم الغيابى الذى اعلن المحكوم عليه بصورته التنفيذية فعارض فيه واعتبرت معارضته كأن لم تكن يبدا ميعاد استئنافه من اليوم الرابع من تاريخ الاعلان بالصورة التنفيذية .

يبتدىء ميعاد استئناف الأحكام الغيابية من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة (المادة ٣/٣٠٨) ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر فى الغيبة اذا اعلن المحكوم عليه بصورته التنفيذية ولم يقدم معارضته فأن ميعاد الاستئناف فى هذه الحالة تحتسب مما يلى مدة المعارضة التى هى ثلاثة أيام كاملة من تاريخ الاعلان لأنه بمضى مدة المعارضة المذكورة تعتبر المعارضة غير جائزة بمقتضى المادة (٣٠٠) وميعاد الاستئناف يبدأ من اليوم الذى صارت المعارضة غير جائزة بحكم المادة ٣٠٨ وهذا لوضوحه لا خلاف فيه انما الخلاف فيما اذا صدر الحكم فى الغيبة وأعلن المحكوم عليه بصورته التنفيذية فعارض فيه فى ميعاد المعارضة ثم اعتبرت معارضته كأن لم تكن — أيبدأ ميعاد الاستئناف من تاريخ اعتبار المعارضة كأن لم تكن أم يبدأ من اليوم التالى لمدة المعارضة أى من اليوم الرابع من تاريخ الاعلان بالصورة التنفيذية .

اختلفت الدوائر فى هذه المسألة بناء على الاختلاف فى تطبيق العبارة الواردة فى المادة رقم ٣٠٨ وهى — « ويبتدىء ميعاد استئناف الأحكام الغيابية من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة » — فبعض الدوائر يرى أن ميعاد الاستئناف يبدأ من اليوم الذى اعتبرت فيه المعارضة كأن لم تكن ووجهته فى ذلك أنه فى اليوم الذى تعتبر فيه المعارضة كأن لم تكن تصبح غير جائزة بحكم المادة ٣٠٢ التى نص فيها على أنه لم يبق للمعارض فى هذه الحالة الا الاستئناف فى ميعاده .

وبعض الدوائر على أن ميعاد الاستئناف فى هذه الحالة يبدأ من اليوم

الرابع من تاريخ الاعلان بالصورة التنفيذية لأن المعارضة فيه صارت غير جائزة ذلك أن المادة ٢٩٣ جعلت مدة المعارضة ثلاثة ايام كاملة من تاريخ الاعلان بالصورة التنفيذية والمادة ٣٠٠ نصت على أن المعارضة ترفض اذا قدمت بعد الميعاد المقرر لرفعها فبمضى مدة المعارضة تصبح المعارضة غير جائزة وميعاد استئناف الأحكام الغيابية بحكم المادة ٣٠٨ يبدأ من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة وهو فى هذه الحالة اليوم الرابع من تاريخ الاعلان بالصورة التنفيذية .

١١٠٠/٤٢ س ك طنطا (٢٤/١١/٤٣) م ش ١٥/٢٦٤

□■□

(المبدأ ١٥) : استئناف الحكم المعتبر حضوريا يفيد العلم بالحكم من تاريخ ذلك الاستئناف .

رفع المحكوم عليه حكما معتبرا حضوريا استئنافا عن هذا الحكم واعتبار هذا الاستئناف كان لم يكن كاف لعلمه بالحكم من تاريخ ذلك الاستئناف . ولا يقبل منه استئناف آخر بحجة أن الحكم لم يعلن اليه .

٣٠٢/٣٩ العليا الشرعية (٢٨/١٠/٣٠) م ش ٢/١٤١

□■□

(المبدأ ١٦) : يبدأ ميعاد استئناف الأحكام المعتبرة حضورية من يوم اعلانها للمحكوم عليه .

ميعاد استئناف الأحكام المعتبرة حضورية يبتدىء من يوم اعلانها للمحكوم عليه طبقا للمادة ٣٠٨ من القانون .

٤٥/٣٧ العليا الشرعية (٢٦/٤/٣٨) م ش ٩/٦٨٠

□■□

(المبدأ ١٧) : قيد الاستئناف .

ان المادة رقم ٣١٣ من اللائحة نصت على حالتين فى قيد الاستئناف فجاء بالفقرة الأولى منها يجب على كاتب الاستئناف أن يقيده فى الجدول العمومى بناء على طلب المستأنف . وجاء بالفقرة الثانية أن هذا الطلب لا لزوم له اذا سبق دفع الرسم بأكمله بل يكون القيد بمعرفة كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة الى طلب المستأنف . ومن حيث أن مقتضى هذا النص أن دفع الرسم بأكمله عند تقديم الاستئناف يقوم مقام طلب قيده ويكون القانون

قد جعل طلب القيد على قسمين : **الأول** : طلب صريح وهو ان يحضر المستأنف أو نائبه أمام كاتب الاستئناف وطلب قيده . **والثاني** : طلب ضمني وهو أن يدفع جميع رسم الاستئناف .

ومن حيث أن المستأنف قد دفع جميع رسم الاستئناف، فيكون طلب قيده دلالة وضمنا فلا يسقط استئنافه بتأخير قلم الكتاب قيده فى الميعاد لأن المادة ٣١٤ قد بنت سقوط الاستئناف على عدم قيد المستأنف له فى الميعاد القانونى لا على عدم قيام كاتب الاستئناف بقيده . والقيد فى جانب المستأنف لا معنى له طلب القيد لأنه لا يسمح له قانونا بأن يقيد الاستئناف بخطه فى الجدول وما دام قد دفع الرسم فقد طلب ضمنا قيد الاستئناف بمقتضى القانون . وفضلا عن ذلك فان المادة ٣١٤ صريحة فى أن طلب القيد لا يكون واجبا الا اذا لم يدفع المستانف جميع الرسم فقد جاء فى آخرها ما نصه ... « ويحصل القيد اما بتقديم أصل الاعلان أو بقسيمة دفع ربع الرسم ولا معنى لذلك الا أن طلب القيد صراحة لا يكون شرطا ضروريا لقيد الاستئناف الا فى حالة واحدة وهو عدم دفع جميع الرسم عند تقديم الاستئناف والا لو كان الطلب ضروريا فى جميع الأحوال لقال أو قسيمة دفع الرسم بدلا من قسيمة دفع ربع الرسم » .

١١٠١/٤٠ س ك مصر (٤١/٤/٢٧) م ش ٥٦/١٥/١٤

□■□

(المبدأ ١٨) : على المستانف أن يطلب قيد الاستئناف فى ثلاثة ايام ان كانت القضية جزئية وستة أيام ان كانت القضية كلية والا كان الاستئناف ملغى ـ الا اذا دفع الرسم كاملا فان القيد يكون بمعرفة قلم الكتاب بدون حاجة الى طلب المستانف .

مسألة قيد الاستئناف بعد صدور القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ قد اشتبهت واختلفت المحاكم فى تأويلها . ومنشأ الاشتباه بها ما ورد بالفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ من اللائحة ونصها « ومع ذلك اذا سبق دفع الرسم بأكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة الى طلب المستانف » .

وما ورد بالمذكرة الايضاحية فى هذا الصدد ونصه ـ « وأوجب على قلم كتاب المحكمة أن يقيد الدعوى من تلقاء نفسه اذا كان الرسم مدفوعا بأكمله بمقتضى المادتين ٥٨ ، ٣١٣ . والايجاب لا يعفى المستانف من القيام بواجب طلب قيد الدعوى فاذا أهمل تقع عليه المسئولية وما تكليف قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه الا من باب المعاونة فى حالة خاصة تسهيلا للمتقاضين » ـ فنرى بالجمع بين نصوص القانون وعبارة المذكرة الايضاحية تنافرا ـ فبينما القانون ينص على انه فى حالة دفع الرسم كاملا يكون القيد بمعرفة قلم الكتاب بدون حاجة الى طلب المستأنف فاذا أهمل ولم يطلب

ولم يقيد الاستئناف فى موعده تقع عليه المسئولية ، وهذا واضح التنافر مع نص القانون وقد نشا عن ذلك أن بعض المحاكم انصرف عن صريح القانون وفهم أن عبارة المذكرة الإيضاحية هى التى يتعين الأخذ بهـا فاذا لم يطلب المستأنف القيد فى موعده وقيد الاستئناف بعده كان ملغيا وتعين رفضه . وبعض المحاكم على أن المستانف متى دفع الرسم كاملا أعفاه ذلك عن طلب القيد فى الموعد المحدد أو بعده ولا يضر ذلك المستأنف فى شكل استئنافه ما دام قد قام بالواجب عليه طبقا للقانون . وليتجلى الصواب فى هذه المسألة الدولرة الخطيرة الشأن ينبغى أن نعرض النصوص القانونية الواردة فى هذا المقام ــ وأن نتعرف حكمة التبكير بقيد الاستئناف فى القانون السابق وما اعتراه من التعديل اللاحق وننظر مع ذلك فى الجمع بين نص الفقرة الواردة بالمادة ٣١٣ لائحة وما ورد بالمذكرة الايضاحية بشأنها فنقول أولا ــ النصوص القانونية ــ تقدم ورقة الاستئناف لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف أو لقلم كتاب محكمة الاستئناف ، واذا قدمت ورقة الاستئناف لقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف فعليه أن يرسل أوراق القضية المستأنفة الى محكمة الاستئناف ــ أما اذا قدمت لقلم كتاب محكمة الاستئناف فعليه أن يطلب أوراق القضية من المحكمة التى حكمت فى الدعوى ــ وعلى كاتب محكمة الاستئناف فى الحالين ان يقيد الدعوى فى الجدول العمومى المعد لقيد القضايا متى ورد لها أصل الاعلان ثم يقدمها للجلسة المحددة فيه ــ ويكون القيد المذكور بناء على طلب المستأنف ــ ومع ذلك اذا سبق دفع الرسم باكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة من تلقاء نفسه بدون حاجة الى طلب المستأنف ــ واذا لم يقيد المستأنف الدعوى فى ستة ايام ان كانت القضية كلية أو ثلاثة أيام ان كانت جزئية كان الاستئناف ملغى وسقط حقه فيه ان كانت مدته قد مضت ويصبح الحكم المستأنف واجب التنفيذ ــ ويحصل القيد اما بتقديم اصل الاعلان او قسيمة دفع الرسم الى كاتب المحكمة التى يطلب منه قيد الدعوى (المواد ٣١١،٣١٢،٣١٣،٣١٤) هذه هى النصوص القانونية فى القانون ١٩٣١/٧٨ ويعنينا خاصة منها نص الفقرة الأخيرة بالمادة ٣١٣ . وهى « ومع ذلك اذا سبق دفع الرسم باكمله يكون القيد بمعرفة قلم الكتاب بدون حاجة الى طلب المستانف » ــ فالفقرة الأولى من هذه المادة نصت على أن قيد الاستئناف يكون بناء على طلب المستانف وجاءت الفقرة عقبها ونصت بوضوح على اعفاء المستأنف من طلب القيد اذا دفع الرسم باكمله كما نص بالمادة ٥٨ على قيد الدعاوى الابتدائية بدون طلب من المدعى اذا كان قد دفع الرسم باكمله رفقا بالمتقاضين ودفعا لمشقة الانتقال فى سبيل طلب القيد الذى كان يوجبه القانون السابق .

٤/٤٥ س ك المنيا (٤٥/١٢/٣١) م ش ١٧/١٣٥

(المبدأ ١٩) : قيد الاستئناف انما يكون بطلب المستأنف .

قيد الاستئناف انما يكون بطلب المستانف طبقا للمادة ٣١٣ لائحة ـ وما جاء بآخر هذه المادة من وجوب القيد على قلم الكتاب بدون حاجة الى طلب المستأنف متى كان الرسم مدفوعا بأكمله انما هو من باب المساعدة لأرباب الشأن من غير مسئولية على قلم الكتاب لانه غير ملزم به قانونا ـ وانما المسئولية على أرباب الشأن اذا لم يحصل القيد فى ميعاده .

٣٩/٤٤٠٤ س ك مصر (٧/١١/٤٠) م ش ١٢/١٠/٥١

□■□

(المبدأ ٢٠) : اذا لم يقيد الاستئناف فى مدة ثلاثة أيام من تقديمه طبقا للمادة ٣١٤ كان غير مقبول شكلا .

نصت اللائحة فى المادة ٣١٤ على ان القيد يحصل اما بتقديم أصل الاعلان أو قسيمة دفع ربع الرسم الى كاتب المحكمة الذى يطلب منه قيد الدعوى ـ وكذلك نصت المادة ٣١٣ من اللائحة على أن قيد الاستئناف يكون بطلب المستانف ـ وما جاء بآخر هذه المادة من وجوب القيد على قلم الكتاب بدون حاجة الى طلب المستأنف متى كان الرسم مدفوعا بأكمله انما هو من باب المساعدة لارباب الشأن من غير مسئولية على قلم الكتاب بل جعل المشرع المسئولية على أرباب الشأن اذا لم يحصل القيد فى ميعاده ولو مع دفع الرسم بأكمله (راجع المذكرة التفسيرية للقانون ١٩٣١/٧٨) .

٣٩/٤٤٠٤ س ك مصر (٨/١١/٤٠) م ش ١٢/١٠/٥١

□■□

(المبدأ ٢١) : صريح القانون على أن المستانف اذا دفع الرسوم كاملا أعفاه ذلك عن طلب القيد فلا تعارضه عبارة المذكرة الايضاحية التى ورد بها ان دفع الرسم كاملا لا يعفيه من طلب القيد .

كان المتبع قبل القانون ٩١٠/٣١ أن يقدم المستانف إستئنافه ويحدد للجلسة الأجل الذى يهواه ويرى فيه المماطلة والتسويف بخصمه ولا يقيده الا قبل ميعاد الجلسة بأيام قليلة ، والمحكوم له معلق فاذا أراد التعجيل وجد الاستئناف غير مقيد فيضطر الى دفع ما يستحق عليه من رسوم ويقيده ثم يلتمس تعجيله ، من أجل ذلك رأى المشرع فى سنة ١٩١٠ أن يضرب موعدا لطلب القيد دفعا لمماطلة المحكوم عليه ورتب على مخالفته الغاء الاستئناف (محاضر مجلس شورى القوانين جلسة ١٩١٠/٥/١٠) ولما جاء القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ اقر هذه الطريقة أيضا ولكنه استشعر بالمشقة التى يتكبدها

الناس فى سبيل طلب القيد فاعفاهم منه فى جميع الدعاوى ابتدائية واستئنافية متى دفعوا الرسم كاملا ونصه فى المادة ٣١٣ واضح لا غموض فيه فاذا دفع الرسم كاملا أعفاه ذلك عن طلب القيد أو قام ذلك مقام طلب القيد فيكون بدفع الرسم كاملا طالبا للقيد فى اليوم الذى يستكمل فيه الرسم وتعين حسابه على هذا الأساس وغير خاف أن ما جاء بالمادة ٣١٤ من انه اذا لم يقيد المستانف الدعوى فى ستة أيام ... الخ لا يراد به حقيقة القيد والتدوين لأنه ليس من عمل المستانف ولا فى مقدوره وانما يراد به مجرد طلب القيد وقد تكفل النص السابق باعفائه منه اذا دفع الرسم كاملا ويتحرر من هذا ان حقيقة القيد التى هى التدوين بالدفاتر ليست واجبة على المستانف ولا هو مكلف بها وانما هو يكلف بطلب القيد لتحقق ماهية القضية الاستئنافية ويتمكن خصمه من تعجيلها اذا شاء ويرتفع عنه هذا التكليف اذا دفع الرسم كاملا . وفى هذه الحالة يجب أن يقوم قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه بلا طلب دون أن يتقيد بوقت معين سوى ما تقتضيه حكمة التبكير والمبادرة بالقيد لتحقق ماهية القضية فاذا توانى قلم الكتاب فى القيد لم تكن هناك مسئولية على المستانف ولم يؤثر ذلك فى شكل استئنافه وتكون مسئولية قلم الكتاب فى هذه الحالة أدبية نظرية خاضعة لتقدير رؤسائه دون أن يكون لها تأثير مادى فى شكل الاستئناف الذى هو خالص حق المستانف مثلها فى ذلك مثل ما لو طلب المستانف صريحا فى الموعد القانونى قيد الاستئناف وتوانى قلم الكتاب فى اجراء القيد ــ فكما ان توانى قلم الكتاب فى هذه الحالة لا تأثير له على حق المستانف فى شكل الاستئناف كذلك لا تاثير له فى حال دفع الرسم كاملا لاعفائه صريحا من طلب القيد فى هذه الحالة بنص القانون .

بقى أن ننظر فى الجمع ما بين نص الفقرة الواردة بالمادة ٣١٣ وما ورد بالمذكرة الايضاحية بشأنها ــ الحق أن نص الفقرة واضح لا غموض فيه ــ وأن المذكرة الايضاحية فى مقامها لا توضحها بل ترفع حكمها وتنفى الرحمة التى قررتها وكأن الموضح استشعر بأن نص الفقرة قد يعرض اقلام الكتاب والحكومة الى مسئولية خطيرة اذا فاتهم قيد الاستئناف فى موعده فرفع بايضاحيته ما سنه بصريح القانون والأمر هين لين فان المقام لطلب القيد وهو الذى يسال عنه المستانف ــ وهو المضروب له الموعد فى المادة ٣١٤ وهو الذى يغنى عنه أو يقوم مقامه دفع الرسم الكامل ــ اما حقيقة القيد والتدوين الذى هو من عمل أقلام الكتاب فلم يضرب له القانون موعدا لأنه يفترض أنه متى طلب كان والتاخير والاهمال من قلم الكتاب ليس متوقعا ولا فى الحسبان، فالعمل بعبارة المذكرة الايضاحية واهدار صريح القانون ليس من المقبول فى مكان ــ وواضح أن ايضاح القانون اذا رفع حكمه بطل كونه ايضاحا وصار نسخا واقترانه بصدور القانون لا يجعله قانونا ولا يعطيه

قوة القانون فلا يعارضه ــ على أن القانون اذا تعارض فيه نصان قدم منهما ما يحقق غرض الواضع والباعث على تشريعه ــ وغرض الواضع هنا هو الرفق بالأهلين ودفع المشقة فى طلب القيد عند القيام بدفع الرسم كاملا فلا محل مع ذلك لتكليف المستانف فى هذه الحالة بطلب القيد .

٤/د٤ س ك المنيا (٣١/١٢/٤٥)　　　　　م ش ١٧/١٣٥

□■□

(المبدا ٢٢) : يجب على المستانف ان يطلب قيد استئنافه فى الميعاد المحدد قانونا ولا يعفيه من ذلك دفع جميع الرسم المطلوب استنادا الى نص الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ ق ١٩٣١/٧٨ لأن المذكرة الايضاحية لهذا القانون فسرت هذا النص بما لا يعفى المستانف من القيام بواجب طلب قيد دعواه ــ فاذا اهمل فى طلب القيد فى الميعاد او قصر قلم الكتاب فى ارسال الاعلان لمحكمة الاستئناف حتى مضى الميعاد فان تبعة ذلك فى جميع الأحوال تقع عليه وحده ويكون استئنافه ملغى .

المادة ٣١٤ ق ١٩٣١/٧٨ صريحة فى أن المستانف اذا لم يقيد الدعوى فى ستة ايام ان كانت لقضية كلية كان الاستئناف ملغى وسقط حقه فيه ان كانت مدته قد مضت ويصبح الحكم المستانف واجب التنفيذ . ومن حيث أن المادة المشار اليها واضحة ايضا فى طريقة القيد وهى اما بتقديم أصل الاعلان او قسيمة دفع ربع الرسم الى كاتب المحكمة الذى يطلب منه قيد الدعوى ، ومن حيث أن المادة ٣١٣ تنص على أن القيد يكون بناء على طلب المستانف وعلى أنه اذا سبق دفع الرسم باكمله يكون القيد بمعرفة قلم كتاب المحكمة الاستئنافية من تلقاء نفسه بدون حاجة الى طلب المستانف . المادة ٣١٣ صريحة فى أن المستانف هو الذى يطلب القيد وقد ذيلت هذه المادة بفقرة تعتبر فى ظاهرها استثناء من هذا الحكم وربما تبادر الى الذهن من انها تعتبر كذلك أن طلب القيد فى هذه الحالة قد رفع عن عاتق المستانف والقى على عاتق قلم الكتاب ــ ولكن هذا المعنى لم يفت واضع القانون أن يفسره تفسيرا يدفع كل شك فى غرضه من الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ المشار اليها فاتى فى مذكرته التفسيرية بعبارة واضحة تدل على أن القانون الذى أوجب على قلم كتاب المحكمة قيد الدعوى من تلقاء نفسه متى كان الرسم مدفوعا باكمله بمقتضى المادتين ٥٨ ، ٣١٣ لم يعف المستانف من القيام بواجب طلب قيد الدعوى من تلقاء نفسه متى كان الرسم مدفوعا باكمله بمقتضى المادتين ٥٨ ، ٣١٣ وهذا الايجاب لا يعفى المستانف من القيام بواجب طلب قيد الدعوى فاذا أهمل تقع عليه المسئولية وما تكليف

قلم الكتاب بالقيد من تلقاء نفسه الا من باب المعاونة فى حالة خاصة تسهيلا المتقاضين .

ومن حيث انه بهذا النص الواضح لا يجوز القول بان الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٣ اعفت المستانف من تقديم طلب قيد استئنافه فى الميعاد المبين فى المادة ٣١٤ .

١٦/٥٤ العليا الشرعية (٦/١٠/٥٤) م ش ١٩٨/٢٥

□■□

(المبدأ ٢٣) : لا يعتبر الاستئناف مرفوعا لا اذا دفع نصف رسمه عند تقديمه والنصف الآخر عند قيده ولا قيمة لدفعه بعد ذلك .

من حيث ان الاستئناف لا يعتبر مرفوعا قانونا الا اذا دفع المستانف نصف الرسم المستحق عليه عند تقديمه والنصف الآخر عند قيده وذلك فى الميعادين المنصوص عليهما فى المادتين ٣٠٧ ، ٣١٤ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ طبقا للفقرة الأولى من المادة الثانية والثلاثين من لائحة الرسوم الصادرة بالقانون رقم ١٩٠٩/٤ ــ وانه لذلك يكون الاستئناف قدم وقيد بعد الميعاد القانونى ويتعين رفضه عملا بالمادة ٣٢٠ق ١٩٣١/٧٨ .

٣٦/٢٣٥ س ك اسيوط (٣٧/٧/١١) م ش ٢٥٦/٩/٨

□■□

(المبدأ ٢٤) : استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية يعتبر مرفوعا بتقديم صحيفته الى قلم الكتاب وقيده بالجدول فى الميعادين المحددين بالمادتين ٣٠٧ ، ٣١٤ لائحة .

يجب تطبيق المواد الواردة فى باب الاستئناف من القانون رقم ٩٣١/٧٨ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيما يتعلق بالاستئناف الذى يرفع عن الأحكام الابتدائية الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٥ ق ١٩٥٥/٤٦٢ ــ ويعتبر الاستئناف مرفوعا وتتصل به محكمة الاستئناف بتقديم صحيفته الى قلم الكتاب فى الميعاد المحدد فى المادة ٣٠٧ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ وبقيده بالجدول فى الميعاد المحدد فى المادة ٣١٤ من هذا القانون ــ اما اعلان الصحيفة للخصم لتقوم الخصومة بينه وبين المستانف عليه فهو اجراء لم

يحدد له القانون ميعادا فللمستانف ان يقوم به أو يقوم به قلم الكتاب بعد قيد الدعوى .

٢٧/٦ ق (٥٧/١٢/١٩) س ٨/١٩٥٤
٢٧/٣ ق (٥٨/٢/٦) س ١٣٣/٩

□■□

(المبدا ٢٥) : عدم التزام المستانف فى مسائل الأحوال الشخصية ان يضمن تقرير الاستئناف أسبابا ولا يلتزم قلم الكتاب باعلان المستانف عليه بملخص تقرير استئنافه واسبابه .

اذا كان الاستئناف خاصا بحكم صادر فى مسالة من مسائل الأحوال الشخصية فان المستانف ليس ملزما قانونا بان يضمن تقرير الاستئناف أسبابا ولا يقع على عاتق قلم الكتاب اعلان المستانف عليه بملخص التقرير وأسبابه ذلك أن الشارع قد خص مسائل الأحوال الشخصية باجراءات معينة نص عليها فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات فحدد فى صدر المادة ٨٧٧ من هذا القانون الصورة التى يرفع بها الاستئناف فى هذه المسائل فنص على أن يكون بتقرير ولم يتطلب أن يتضمن هذا التقرير أسبابا كما فعل فى المادة ٨٦٩ عند رفع الطلب ابتداء وكما قضى فى المادة ٨٦٩ المشار اليها ولأن احالة المادة ٨٧٧ على المادة ٨٧٠ مرافعات مقصورة على ما هو ظاهر من نص المادة على امرين هما تحديد الجلسة ودعوة ذوى الشأن اليها أما ما نص عليه المشرع فى المادة ٧٨٠ من أن ورقة التكليف بالحضور يجب أن تشتمل على ملخص الطلب فلا قياس عليه بالنسبة للاستئناف .

٢٦/٤٥ ق (٥٨/٤/١٠) س ٣٧٤/٩

□■□

(المبدا ٢٦) : ايجاب المادة ٣١٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ذكر أسباب الاستئناف فى الصحيفة وورود النص بصيغة آمرة لا يتادى منه ان البطلان جزاء مقرر . تقدير الشارع لأهمية الاجراء وافتراض ترتيب الضرر على المخالفة مجاله النص الوارد بعبارة نافية او ناهية .

انه وان كانت المادة ٣١٠ لائحة قد أوجبت ذكر الأسباب التى بنى عليها الاستئناف فى الصحيفة الا أنه لا يتادى من ورود النص المذكور بصيغة آمرة أن يكون البطلان جزاء مقررا ـ بمقولة أن الشارع يكون فى هذه الحالة قد قرر أهمية الاجراء وافتراض ترتيب الضرر على مخالفته ـ ذلك ان القول بتقدير الشارع لأهمية الاجراء وافتراضه ترتب الضرر على المخالفة لا يكون

له مجال الا اذا كان النص واردا بعبارة نافية او ناهية ، فاذا كانت الطاعنة قد وقفت فى شان الدفع بالبطلان على حد ما ورد بنعيها من اعتبار البطلان جزاءا مقررا لمجرد ان النص أمر فان الحكم المطعون فيه يكون سديدا فيما انتهى اليه من رفض الدفع المذكور .

نقض ٢٧/٤٤ ق (٦٠/٦/٢٣) س ٤٦٠/١١

□■□

(المبدأ ٢٧) : لم توجب مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى لم تلغ بالقانون ١٩٥٥/٤٦٢ عند نظر الاستئناف وضع تقرير تلخيص وتلاوته، النعى ببطلان الحكم لعدم اتباع هذا الاجراء فى غير محله .

نصت المادة الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ على أن تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية عدا الأحوال التى وردت بشانها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها، ولم تلغ المادة الثالثة عشر من القانون المشار اليه ضمن ما الغته المواد الخاصة بالاستئناف الواردة فى الفصل الثانى من الباب الخامس من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ــ فيما عدا نص المادة ٣٢٨ ــ ومن ثم فان الاستئناف يخضع فى اجراءاته للمواد الخاصة به والواردة فى ذلك الفصل ابتداء من المادة ٣٠٤، ولما كانت هذه المواد لم توجب وضع تقرير تلخيص يتلى قبل بدء المرافعة فا نالنعى على ذلك الحكم المطعون فيه بالبطلان لعدم اتباع هذا الاجراء يكون فى غير محله .

نقض ٢٨/٢٠ ق (٦٠/٥/٥) س ٣٨٣/١١

□■□

(المبدأ ٢٨) : استئناف الحكم الذى يصدر فى نزاع متعلق بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية لا محل لأعمال المادة ١١٦ مرافعات الخاصة بتقرير التلخيص فى خصوصه .

لا محل لأعمال حكم المادة ١١٦ مرافعات (قديم) الخاصة بتقرير التلخيص فى خصوص استئناف الحكم الذى يصدر فى نزاع متعلق بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية لأنه من المنازعات التى يفصل فيها على وجه السرعة عملا بالمادتين ١١٨ ، ٨٧٨ مرافعات (قديم) .

٢٥/١٤ ق (٥٨/١٢/١٩) س ٩٣٠/٨

□■□

(المبدأ ٢٩) : استيفاء الاستئناف شكله القانونى من النظام العام .

من المقرر ان استيفاء الطعن شكله القانونى وقيده فى الميعاد المقرر له من النظام العام وعلى المحكمة ان تتولى بحثه من تلقــاء نفسها وان لم يدفع الخصم .

١١٠٠/٤٣ س ك طنطا (٢٤/١٠/٤٣) م ش ٢٦٤/١٥

□■□

(المبدأ ٣٠) : يجوز استئناف « عدم الفصل فى الطلب » ـ اذا كان الطلب ابتدائيا فان كان انتهائيا لا يجوز استئنافه .

من حيث أنه قد جاء فى المادة ٣٠٥ وكذا يجوز الاستئناف اذا لم تفصل المحكمة فى احد الطلبــات ــ وظاهر اطلاق هذه العبــارة ان الطلب الذى لم يفصل فيه يجوز استئنافه سواء اكان الطلب انتهائيا أم ابتدائيا طبقا للمادتين الخامسة والسادسة من اللائحــة ــ وجاء بالمذكرة الايضاحية للائحة عنــد المادة ٣٠٥ انه قد اجيز الطعن فى « عــدم الفصل فى الطلب » على مبــدأ أن الغلط بعدم الفصل كالفصل فيه على وجه الغلط .

٣٨٠/٣٠ ك المنصورة (٦/١٠/٣١) م ش ٧٧/٣

□■□

(المبدأ ٣١) : الاستئناف انما يكون عن المحكوم به المطلوب اصلا لا عن الذى كان يصح طلبه من المستأنف عليها .

المستأنف عليها قد طلبت الحكم لها بالجهاز الذى قيمته دون النصاب الجائز استئنافه وحكمت لها المحكمة بما طلبته وان المستأنف هو ما حكمت به المحكمة لأن الاستئناف ينصب بطبيعتــه على الحكم المستأنف وموضوعه دون النصاب الجائز استئنافه فلم تحكم المحكمة بجزء من كل يصح استئنافه وانما حكمت بالكل المطلوب الحكم به والمعترف باستحقاقه دون سواه .

١٩٦ سنة ٣٥ س ك اسيوط (١٣/٣/٣٦) م ش ٢١٤/٥/٨

□■□

(المبدأ ٣٢) : اذا لم تطلب الزوجة فى دعواها على زوجها نفقة مقدرة فان الحكم يكون نهائيا او ابتدائيا بما يحكم به .

اذا ذكرت الزوجة فى دعواها النفقة على زوجها ان نفقة مثلها خمسة جنيهات مثلا ولكنها طلبت الحكم بنفقة طعام وكسوة ولم تعين مقدار ما تطلب

الحكم به كان المعتبر فى كون هـذا الحكم نهائيا او ابتـدائيا هو ما يحكم به ولا اعتبار لما ذكرته على سبيل الحكاية من ان نفقة المثل كذا حيث لم تطلب الحكم به .

٢٩/٥٩٠ س ك بنى سويف (٣٠/١٢/٢) م ش ٢/٩١٨

□■□

(المبدأ ٣٣) : لايجوز استئناف القرارات الصادرة فى الدفوع الموضوعية من غير استئناف فى أصل الموضوع .

حيث ان المستانف هو قرار الغاء الحكم المعارض فيه فقط وهو قرار فى غير الموضوع اذ أن الموضوع هو دعوى الطاعة والغاء الحكم الصادر فيها لم يمس موضوعها بل بعد الغائه لم يزل موضوعها قائما بدليل اعتبارها كأن لم تكن لتخلف المدعى وهو ليس من القرارات التى نصت اللائحة على جواز استئنافها ولا يقال انه قرار صادر فى موضوع المعارضة فيجوز استئنافه لأنه على فرض التسليم بذلك فان موضوع هذه المعارضة دفع بزوال الهيئة فهو دفع موضوعى لدعوى الطاعة ولا يجوز استئناف القرارات الصادرة فى الدفوع الموضوعية الا مع استئناف الحكم فى أصل الموضوع .

١٠٣٨ س ك مصر (٣٦/٣/١٨) م ش ٨/١٧١

□■□

(المبدأ ٣٤) : القرار لصادر برفض دفع الدفع بعدم السماع ليس من مشتملات المادة ٣٠٥ من اللائحة فلا يجوز استئنافه استقلالا .

حيث ان القرار المستانف فى غير الموضوع ومما لا يجوز استئنافه استقلالا لأن المادة ٣٠٥ من القانون ٣١/٧٨ بينت القرارات التى يصح استئنافها استقلالا وليس منها القرار لمستانف لأنه ظاهر انه ليس صادرا فى الاختصاص أو الاحالة وليس فصلا فى الدعوى الأصليـة فى السماع أو عدمه وظاهر عبارة المادة أن القرار الذى يجوز استئنافه بالسماع أو عدمه استقلالا انما هو القرار الصادر بسماع الدعوى الأصلية أو عدم سماعها .

٣٦/٥٢ العليا لشرعية (٣٦/٤/١٢) م ش ٨/٧/١٣٦

□■□

(المبدا ٣٥) : القرار الصادر برفض الدفع بعدم السماع ليس صادرا فى الاختصاص او الاحالة وليس فصلا فى الدعوى الأصلية بالسماع او عدمه فلا يجوز استئنافه استقلالا .

ومن حيث أن القرار المستانف هو فى غير الموضوع ومما لا يجوز استئنافه استقلالا لأن المادة (٣٠٥) من القانون رقم ٧٨ سنة ٣١ بينت القرارات التى يصح استئنافها استقلالا وليس منها القرار المستانف لأنه ظاهر انه ليس صادرا فى الاختصاص او الاحالة وليس فصلا فى الدعوى الأصلية بالسماع أو عدمه وظاهر عبارة المادة أن القرار الذى يجوز استئنافه بالسماع او عدمه استقلالا انما هو القرار الصادر بسماع الدعوى الأصلية او عدم سماعها .

٥٢/٣٦ العليا الشرعية (٣٧/٤/١٣) م ش ٨٧٤/٩

□■□

(المبدا ٣٦) : قرار رفض الدفع بعدم السماع هو قرار بسماع يجوز استئنافه طبقا للمادة ٣٠٥ لائحة فلا يقبل الدفع بعد جواز استئنافه او عدم سماعه .

حيث ان المادة ٣٠٥ صريحة فى انه يجوز استئناف كل قرار صادر بسماع الدعوى أو عدم سماعها ــ والقرار المستانف قرار برفض الدفع بعدم سماع الدعوى لسبق الفصل فى موضوعها ورفض الدفع بعدم سماعها لتناقض المدعى فى دعواه ــ وظاهر أن قرار رفض الدفع بعدم السماع هو قرار بسماع الدعوى فيكون مما تشمله المادة ٣٠٥ .

٤٠/١٣٤ العليا الشرعية (٤٣/٣/٨) م ش ٨٣/١٤

□■□

(المبدا ٣٧) : قرار اعتبار المعارضة كان لم تكن قابل للاستئناف ويجوز استئنافه استقلالا اذا كان موضوع الدعوى الأصلية المعارض فى حكمها قابلا للاستئناف .

القرر الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن يجوز استئنافه استقلالا اذا كان موضوع الدعوى الأصلية المعارض فى حكمها مما يجوز استئنافه لأن قرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن فى معنى عدم سماعها وقرار عدم السماع يستانف استقلالا اذا صدر فى موضوع يجوز استئنافه طبقا للمادة ٣٠٥ من القانون ــ ومع هذا فاذا اريد التمسك بالالفاظ دون المعانى ولم يجعل قرار اعتبار الدعوى كأن لم تكن بمنزلة القرار بعدم السماع فانه على كل حال لا يصح ان يطبق عليه نص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٥ التى تقضى بعدم

جواز استئناف شيء من القرارات غير ما ذكر فى هذه المادة الا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى ، وذلك لأن القرارات المقصودة من هذه الفقرة هى القرارات غير المنهية للدعوى ولهذا علق جواز استئنافها على استئناف الحكم فى أصل الدعوى أى على الحكم المنهى للدعوى ـ يضاف الى ما ذكر أن قرار اعتبار الدعوى أو المعارضة كأن لم تكن اذا لم يجعل بمعنى عدم السماع فانه يكون غير منصوص عنه فى المادة ٣٠٥ من القانون وعندئذ لن يطبق عليه نص المادة ٣٠٤ من القانون التى تضمنت القاعدة العامة الأصلية وهى جواز استئناف كل الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة أول درجة ما عدا ما استثنى من ذلك بنص صريح فى القانون ـ ولا شك ان قرار اعتبار الدعوى كأ نلم تكن فى حكم غير نهائى لم يرد فى القانون نص صريح ولا غير صريح بعدم جواز استئنافه ، وقد قضت المحكمة العليا الشرعية بأن قرار عدم قبول المعارضة شكلا فى حكم ابتدائى يجوز استئنافه استقلالا لأنه فى معنى عدم السماع ولا فرق بين هذا القرار وقرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن .

٤١/٤٢٩ ك س مصر (٤٢/٥/٣٠) م ش ٢٩٣/٢٥

□■□

(المبدأ ٣٨) : يجوز استئناف اعتبار الدعوى كأن لم تكن .

وبما أن القرار المستأنف الصادر باعتبار الدعوى كأن لم تكن مما يجوز استئنافه عملا بالمادة ٣٠٤ من القانون التى نصت على جواز استئناف كل حكم أو صادر من محكمة أول درجة ما عدا ما استثنى بنص صريح فى القانون ولا يوجد فى القانون نص صريح ولا غير صريح يمنع من جواز استئناف مثل هذا القرار وهناك رأى آخر بعدم جواز استئنافه عملا بعموم الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٥ ونصها : « ولا يجوز استئناف شيء من القرارات غير ما سبق الا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى » ـ وقد رأت المحكمة أن تأخذ برأى من أجاز استئناف مثل هذا القرار وقبلته تحقيقا للعدالة .

٣٤/٦٢٠ س ك مصر (٣٥/١/٣١) م ش ٩٤٠/٦

□■□

(المبدأ ٣٩) : الحكم الصادر بعدم جواز المعارضة لا يجوز استئنافه استقلالا .

النص فى الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية على أن « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة

بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية او المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها . وفى المادة ٣٠٥ من المرسوم بقانون ١٩٣١/٧٨ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها على انه يجوز استئناف كل حكم أو قرار صادر فى الاختصاص او فى الاحالة على محكمة اخرى أو فى موضوع الدعوى ولو بالرفض أو بسماع الدعوى أو عدمه أو بالنفاذ المؤقت أو رفضه ، وكذا يجوز الاستئناف اذا لم تفصل المحكمة فى أحد الطلبات ، ويستثنى من ذلك الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الجزئية بصفة انتهائية ... ولا يجوز استئناف شيء من القرارات غير ما سبق الا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى » يدل على أن استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية يخضع للنصوص الواردة بشأنه فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وفى الحالات المبينة بالمادة ٣٠٥ منها وليس من بينها الحكم بعدم جواز المعارضة الذى لا يجوز استئنافه استقلالا .

نقض ٤١/٤٧ ق　　　　　　　　　　س ٣١ ص ١٨٣ ج ١

□■□

(المبدا ٤٠) : قرار اعتبار القضية كأن لم تكن يعتبر من القرارات التى تستأنف لأنها تمس الحق ويترتب على القرار عدم سماع الدعوى لمضى المدة الطويلة .

حيث أن القرار الصادر باعتبار الدعوى كأن لم تكن يسقط كل ما اكتسبه المدعى باعلان دعواه فهو من القرارات التى تمس الحق وقد يترتب عليه عدم سماع الدعوى لمضى المدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى ـ لذلك يجب التفرقة بينه وبين قرار شطب الدعوى واعتبار القرار الصادر باعتبار الدعوى كأن لم تكن بمثابة عدم سماع هذه الدعوى وضرورة الالتجاء الى رفع دعوى جديدة باعلان جديد ـ ومن حيث أن ذلك هو الأقرب الى تحقيق العدالة وما قصد اليه القانون من اباحة الطعن بالاستئناف فيكون القرار المذكور مما يجوز استئنافه .

٥٢/٤٦ العليا الشرعية (٥٢/١٢/٢١)　　　　　　م ش ١٦٩/٢٢

□■□

(المبدا ٤١) : اعتبار المعارضة كأن لم تكن لا يسقط الحق فى الاستئناف

قرار اعتبار المعارضة كأن لم تكن لا يسقط الحق فى الاستئناف اذا كان الحكم قد أعلن ومضت مدته بل لا يزال الحق باقيا فى مدة الخمسة عشر

يوما التالية لصدور القرار المذكور اخذا من عموم المادتين ٣٠٢ ، ٣٠٧ قا ٧٨ سنة ٣١ .

١٩٤/ ٤٤ س ك اسيوط (٤/٤/٤٠) ع ش ١١/٦/٦٧

□■□

(المبدأ ٤٢) : استئناف القرار بعدم قبول المعارضة مع قيام استئناف عن الحكم الغيابي اجراء واجب .

استئناف القرار بعدم قبول المعارضة مع قيام استئناف عن الحكم الغيابي اجراء واجب لأنه لو لم يستانف صار الحكم نهائيا وأصبح الاستئناف عن الحكم الغيابي غير مقبول شكلا لمضي الميعاد القانوني للاستئناف وهو خمسة عشر يوما من تاريخ اعتبار المعارضة جائزة .

١٦٦٢/ ٣٩ س ك مصر (٤/٤/٤٠) ع ش ١١/٦/٦٧

□■□

(المبدا ٤٣) : يجوز استئناف الحكم الصادر باعتبار الدعوى كأن لم تكن اذا صدر فى دعوى مما تختص المحاكم الجزئية بالفصل فيه ابتدائيا تطبيق المادتين ٣٠٥ ، ٣٠٦ لائحة .

حيث ان المادة ٣٠٥ لائحة تنص صراحة على انه يجوز للخصوم فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة ان يستانفوا الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية او المحاكم الكلية بصفة ابتدائية . فهذه قاعدة عامة تقضى بأن الأصل جواز الاستئناف ما لم يمنع القانون من ذلك بنص صريح ولا يوجد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نص صريح يمنع من جواز استئناف الحكم الصادر باعتبار القضية كأن لم تكن ـ وأما ما يتوهم انه يمنع من جواز استئنافه مما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٦ من هذه اللائحة فلا يعتبر ذلك أصلا ذلك ان الفقرة المذكورة انما هى مسوقة لمنع استئناف القرارات غير المنهية للدعوى عدا ما سبق الا بعد الفصل فى أصل الدعوى بما ينهيها أيا كان الفصل سواء كان فى موضوعها أم لا . والقصد من هذا عدم اطالة أمد التقاضى بتعدد الدفوع فى القضايا واستئناف كل قرار يصدر فى كل دفع منها استقلالا فان ذلك يطيل سير الدعاوى ويؤخر الفصل فيها زمنا طويلا .

اما القرارات المنهية للدعوى التى من ضمنها قرار اعتبار القضية كأن لم تكن فلا يشملها مدلول الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٦ لأنها لو شملتها لكان قول المادة الا مع استئناف الحكم فى أصل الدعوى لغوا اذ كيف تكون القرارات منهية للدعوى ولا تستانف الا مع الحكم فى أصل الدعوى ـ على أن الفقرة الأخيرة المذكورة لم تمنع قبول الاستئناف باطلاق وانما استئناف ما ذكر استقلالا وأباحت استئنافه تبعا لاستئناف الحكم المنهى للدعوى

فلا يصح الاحتجاج بها على عدم جواز الاستئناف باطلاق . وأخيرا فان المادة ٣٠٥ قضت على أن كل حكم أو قرار جائز استئنافه الا ما نص عليه بنص صريح - وأقصى ما يقال فى الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٦ أن نصها محتمل أن يكون المراد به خصوص القرارات المنهية للدعوى وأن يكون شاملا لكل قرار عدا ما سبق فلا يكون هذا النص صريحا اذن فى منع استئناف القرار المذكور . وبما أن الدعوى الصادر فيها القرار المستأنف هى مما تختص المحاكم الجزئية بالفصل فيه فصلا ابتدائيا قابلا للاستئناف - فقد تقرر قبول الاستئناف شكلا .

٩٧/٣٠ س ك مصر (٣١/٢/٤) م ش ٢/٤٤٦

□■□

(المبدأ ٤٤) : اجراءات الاستئناف فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف .

النص فى المادة ٣١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن : «يحضر الخصوم أو وكلائهم فى الميعاد المحدد بورقة الاستئناف ويعتبر المستانف مدعيا » وفى المادة ٣١٩ على أنه : « اذا لم يحضر المستانف فى الميعاد المحدد اعتبر الاستئناف كأن لم يكن وصار الحكم الابتدائى واجب التنفيذ الا اذا كان ميعاد الاستئناف باقيا » وهما من المواد التى تحكم اجراءات الاستئناف فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية - مؤداه أن المشرع لم يطلق عبارة « الميعاد المحدد » الواردة فى المادة ٣١٩ من هذه اللائحة وانما قيدها بما سبق النص عليه فى المادة ٣١٦ المشار اليها من أنه « الميعاد المحدد بورقة الاستئناف » - وهو ما جرى عليه قضاء النقض - من أن الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن عملا بالمادة ٣١٩ من اللائحة المذكورة انما يفترض علم المستانف علما يقينا بالجلسة التى حددها لنظر استئنافه وتخلفه عن الحضور فيها ، كما أن تخلف المستانف عن حضور هذه الجلسة بالذات من شأنه أن يدل على أنه غير جاد فى طعنه فلا تلتزم المحكمة بتحقيق موضوعه ، واذ كان الثابت فى الدعوى انه كان محددا لنظر الاستئناف المرفوع من الطاعن جلسة ١٩٦٨/٢/١١ ، وفيها حضر كل من الطاعن والمطعون عليهم واجلت المحكمة نظر الدعوى لجلسة ١٩٦٨/٤/٦ وأن المطعون عليها الأولى - المستانف عليها الاولى - هى التى استصدرت من رئيس المحكمة أمرا بتعجيل الاستئناف لجلسة ١٩٦٨/٣/٢٣ ، ثم رتب الحكم المطعون فيه قضاءه باعتبار الاستئناف كأن لم يكن على عدم حضور الطاعن فى هذه الجلسة الأخيرة رغم سبق حضوره فى الجلسة التى حددها لنظر استئنافه ، فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٨/١٣ ق (٧١/٤/٢٨) س ٢٢ ص ٥٨٠

□■□

(المبدأ ٤٥) : القضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ــ شرطه .

اذا كان الحكم قد قضى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لتخلف المستانف عن الحضور بالجلسة التى تأجل اليها استئنافه ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون لأنه لا يحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن طبقا للمادتين ٣١٦ ، ٣١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الا اذا تخلف المستانف عن الحضور بالجلسة المحددة بورقة الاستئناف . اما اذا تخلف عن الحضور فى اية جلسة تالية فلا يجوز الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ، وانما يكتفى بشطب الاستئناف عملا بالمادة ٨١ من اللائحة سالفة البيان .

طعن ٤١/٤٧ ق س ٢١ ص ١٨٥ ج١

هذا ويلاحظ أن الماده ٨١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد الغيت بالقانون رقم ٤٦٢/١٩٥٥ ومن ثم تتبع أحكام قانون المرافعات فى هذا الشأن عملا بالمادة الخامسه من القانون ٤٦٢/١٩٥٥ ويكون النص الواجب التطبيق هو المادتين ٨٢ ، ٢٤٠ مرافعات .

□■□

(المبدأ ٤٦) : حضور المستأنف بالجلسة ــ وتخلفه عن الحضور .

النص فى المادتين ٣١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن «يحضر الخصوم أو وكلائهم فى الميعاد المحدد بورقة الاستئناف ويعتبر المستأنف مدعيا » وفى المادة ٣١٩ منها على انه « اذا لم يحضر المستأنف فى الميعاد المحدد اعتبر الاستئناف كأنه لم يكن وصار الحكم الابتدائى واجب التنفيذ الا اذا كان ميعاد الاستئناف باقيا » مؤداه أن المشرع لم يطلق عبارة «الميعاد المحدد» الواردة فى المادة ٣١٩ من هذه اللائحة وانما قيدها بما سبق النص عليه فى المادة ٣١٦ المشار اليه من انه « الميعاد المحدد بورقة الاستئناف » وهو ما جرى به قضاء النقض ــ من ان الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن عملا بالمادة ٣١٩ من اللائحة المذكورة انما يفترض علم المستأنف علما يقينا بالجلسة المحددة لنظر استئنافه ، وتخلفه عن الحضور فيها ، كما أن تخلف المستأنف عن الحضور فى هذه الجلسة بالذات من شأنه أن يدل على أنه غير جاد فى طعنه فلا تلتزم المحكمة بتحقيق موضوعه ، واذا كان الثابت فى الدعوى أن الحكم المطعون فيه قد قضى باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم حضور الطاعنة بجلسة ١٩٦٩/١٠/١٨ ، رغم سبق حضورها بجلسة ١٩٦٦/١١/١٩ التى حددت لنظر استئنافها قبل صدور الحكم المنقوض ــ فى الطعن السابق ــ فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه . واذ حجب الحكم نفسه بهذا الخطأ عن بحث الموضوع فانه يتعين أن يكون مع النقض الاحالة .

نقض ١٩/ ٤٠ ق (٦/١٢/٧٢) س ٢٣ ص ١٣٢٨

نقض ٥/ ٤٥ (٢٦/٥/٧٦) س ٢٦

□■□

(المبدا ٤٧) : اختصام ناظر الوقف ـ اغفال صفته فى اعلان صحيفة الاستئناف ـ افصاح صحيفة الاستئناف عن صفته فى الخصومة ـ كفايته.

متى كان الطاعن قد اختصم فى الدعوى الابتدائية بصفته ناظرا على الوقف وكان الاستئناف المرفوع من المطعون ضدها وان وجه اليه دون ذكر لهذه الصفة الا ان ما جاء بعريضة هذا الاستئناف يفصح عن ان اختصامه فيه كان بتلك الصفة وليس بصفته الشخصية فان اعلان الاستئناف على الوجه الذى تم به يكون كافيا فى الدلالة على انه موجه الى الطاعن بصفته ناظرا على الوقف ، اذ المقصود من أحكام القانون فى هذا الصدد ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ هو اعلام ذوى الشأن اعلاما كافيا بالبيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ، فان كل ما يكفى للدلالة على ذلك يحقق الغاية التى يهدف اليها القانون .

نقض ٤٨/٣١ ق (٢٩/١٢/٦٦) س ١٧ ص ١٩٩٨

□■□

(المبدا ٤٨) : قرار اعتبار القضية كأن لم تكن لا يقبل الاستئناف لأنه ليس مما تشمله المادتان ٣٠٤ ، ٣٠٥ ق ٧٨/١٩٣١ .

حيث ان المادة ٣٠٤ قد قررت مبدأ عاما هو جواز استئناف الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الجزئية أو المحاكم الابتدائية فى غير الأحوال المستثناة بنص صريح فى هذه اللائحة وجاءت المادة ٣٠٥ التالية لها مبينة ما أجملته تلك المادة ومقررة لتلك الأحكام السابق ذكرها . فمشروع اللائحة قصد أولا أن يشرع الاستئناف فى المحاكم الشرعية بعد ان لم يكن مشروعا فيها وذلك لما هو معروف فى الفقه أن قضاء القاضى نافذ متى استوفى شرائطه الشرعية ولولا ذلك لما كان هناك فائدة للمادة ٣٠٤ مع المادة ٣٠٥ التى تليها ، ولما كان هناك معنى لأن يصدر كلمتى المادتين بكلمة « يجوز » مع أن محل الجواز فيهما واحد ـ كل هذا لأنه لا يريد أن يعطى المادة ٣٠٤ أحكاما تفصيلية بل ان هذه الأحكام قد وضع لها المادة ٣٠٥ ـ وأما حكمها هى فهو حكم عام القصد منه تشريع الاستئناف بوجه عام بعد أن لم يكن مشروعا .

وعلى هذا فيجب ان تكون كلمة الأحكام والقرارات الواردة فى المادة ٣٠٤ هى بعينها الأحكام والقرارات المبينة فى المادة ٣٠٥ محصورة فى تسعة أنواع .

(١) الصادرة فى الاختصاص (٢) فى الاحالة (٣) فى موضوع الدعوى بالقبول ـ وهذا النوع اخذ مقابله الذى عبر عنه فى المادة بكلمة «ولو بالرفض» (٤) بالرفض (٥) بالسماع (٦) بعدم السماع (٧) بالنفاذ المؤقت (٨) برفضه

٩) بعدم الفصل فى احد الطلبات . وانت اذا تأملت تجد ان كل الأحكام القابلة للاستئناف لا تعدو هذه الأنواع التسعة وهى التى تنطبق عليها الحكمة من مشروعية الاستئناف .

وهناك احكام وقرارات لا يجوز استئنافها منها ما هو داخل تحت نوع من هذه الأنواع فى عمومه الا أن المشرع استثناه وقرر عدم جواز استئنافه لحكمة اقتضت ذلك وهى الأحكام والقرارات الصادرة فى موضوع الدعوى بالقبول أو الرفض او بسماعها او عدمه من المحاكم الجزئية بصفة انتهائية ـ والأحكام الصادرة من محاكم سيوه والعريش والقصير والواحات ـ والأولى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ٣٠٥ والثانية نصت عليها المادة السابعة من اللائحة. ومنها ما ليس داخلا تحت نوع من الأنواع السالفة الا أن الشارع نص صريحا على عدم جواز استئنافه لأنه وان لم يكن داخلا فى الأحكام القابلة للاستئناف الا أنه لما له من الأهمية قد يتردد القضاء فى عدم جواز استئنافه . وهذه هى الأحكام التى نصت اللائحة فى مواضع متفرقة على عدم جواز استئنافها ، كالحكم الصادر برفض قبول الخصم الثالث والحكم الصادر فى الاشكال الحاصل فى التنفيذ وهى المقصودة من قول المادة ٣٠٤ الأحوال المستثناة بنص صريح أما ما عدا كل ما ذكر من الأحكام القابلة للاستئناف فلا يجوز استئنافه وذلك كقرارات التاجيل وقرارات وقف السير ، وقرارات الشطب ، وقرارات اعتبار الدعوى كأن لم تكن هذا فضلا عن أنها لم تدخل ضمن الأنواع القابلة للاستئناف فان المشرع أيضا لم يتركها عند ذلك بل صرح فى الفقرة الثانية من المادة (٣٠٥) بانه لا يجوز استئنافها .

٣١/٥٦٤ س ك اسكندرية (٣١/٦/٢٨) م ش ٣/١٥٨

□■□

(المبدأ ٤٩) : استناد محكمة الاستئناف الى التحقيق الذى اجرى أمام محكمة اول درجة .

احالة محكمة الاستئناف الدعوى الى التحقيق ، عدم اعتباره اطراحا لأقوال الشهود امام محكمة اول درجة . لمحكمة الاستئناف الاستناد الى هذا التحقيق .

نقض ٤٤/٨ ق (٧٦/١/٢١) س ٢٧

□■□

(المبدا ٥٠) القرار الصادر برفض الدفع بجواز سفر الأم بالصغير يجوز استئنافه .

القرار الصادر برفض الدفع بجواز سفر الأم بالصغير الى فرنسا لاسلام الأم وان فرنسا وطنهما حصل العقد عليها فيه ـ وان لم يكن حكما قضائيا بالمعنى المفهوم من الحكم وهو الزام المحكوم عليه بشىء معين الا انه يقبل الاستئناف ما دامت المحكمة قد أعتبرته فصلا فى موضوع الدعوى المطروحة امامها لاتصاله بسبب من اسبابها ما دام قد قصد به الحكم فى قضية تتعلق بمسالة من المسائل التى يكون الحكم فيها قابلا للاستئناف .

٤٠/٩١٦ س ك مصر (٤١/٥/٢٥) م ش ٦١/٩/١٢

□■□

(المبدا ٥١) : القرار الصادر برفض دعوى الارث لتجردها من المال لا يجوز استئنافه .

لا يقبل الاستئناف الذى يرفع عن القرار الصادر برفض دعوى الارث لتجردها عن دعوى المال لأنه مما لا يجوز استئنافه ـ لأنه فى المعنى قرار بعدم صحة الدعوى لخلوها من المال الذى هو شرط صحتها .

٣١/١٠٨ العليا الشرعية (٣١/٣/٨) م ش ٣ ٤٢١

□■□

(المبدا ٥٢) : اذا لم تطلب الزوجة او المطلقة نفقة مقدرة ورفضت دعواها كان القرار نهائيا لا يستانف .

اذا طلبت الزوجة أو المطلقة فرض نفقة لها على زوجها أو مطلقها ولم تطلب مقادير تستانف وتقرر رفض دعواها كان هذا القرار نهائيا لا يجوز استئنافه .

٥٣/٢١٩ س ك مصر (٥٣/١٠/٢٠) م ش ٢٣٨/٢٤

□■□

(المبدا ٥٣) : جواز طلب احالة الدعوى للتحقيق لأول مرة امام محكمة الاستئناف ـ عدم استجابتها له بعد ان قصد الطالب عن احضار شهوده امام محكمة اول درجة ـ لا خطا .

لئن كان طلب التحقيق بشهادة الشهود جائزا تقديمه فى اية حالة تكون

عليها المدعى باعتباره من وسائل الدفاع التي يجوز ابداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . الا أنه متى كانت محكمة اول درجة قد امرت باجرائه واحضر الخصم المكلف بالاثبات شهودة وتقاعس خصمه من احضار شهود النفي ، فانه لا على محكمة الاستئناف اذا لم تستجب الى طلبه احالة الدعوى الى التحقيق من جديد طالما أن محكمة أول درجة قد مكنته من نفي الوقائع المراد اثباتها بالبينة .

نقض ٤٧/١١ ق س ٣٠ ص ١٩٦

(المبدأ ٥٤) : دفاع المستانف عليه ودفوعه امام محكمة اول درجة تعتبر مطروحة على محكمة الاستئناف ولو كان قد فصل فيها لغير مصلحته دون حاجة لاستئناف فرعي منه طالما قضى له بكل طلباته .

يترتب على الاستئناف وفقا لنص المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات نقل الدعوى الى محكمة الاستئناف بما سبق أن أبداه المستانف عليه أمام محكمة اول درجة من دفوع أو أوجه دفاع ، وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف حتى ما كان قد فصل فيه لغير مصلحته أثناء سير الدعوى ، دون حاجة لاستئناف فرعي منه متى كان الحكم المستانف قد انتهى الى القضاء له بطلباته كلها ، وكان لم يثبت تخليه عن التمسك بشيء منها صراحة أو ضمنا .

نقض ٤٢/٥٠٦ ق س ٧١ ص ٨٤٢ ج١

□■□

(المبدأ ٥٥) : ما لم تكن النفقة (ومنها بدل الفرش والغطاء) مقدرة في الدعوى (صدق عليها أنها لم تطلب باكثر من ثلثمائة قرش في الشهر) ولم يحكم بأكثر من ثلثمائة قرش في هذه الحالة لا يقبل الاستئناف .

حيث أن المحكوم به بدل فرش وغطاء المطلقة ولم يحكم به عن مدة معينة وانما نص في الحكم على ادائه دفعة واحدة وبما أن المحكوم لها لم تطلب الحكم بقدر معين نبدل الفراش والغطاء المحكوم لها به فان الحكم المستانف بناء على ذلك يكون نهائيا لا يجوز استئنافه لأنه لم يطلب الحكم باكثر من ثلثمائة قرش في الشهر ولم يحكم بأكثر من هذا القدر شهريا .

٣٠/٥٧٢٠ س ك مصر (٣١/٤/١) م ش ٢/٦٥٢

□■□

(المبدأ ٥٦) : لا تقبل فى الاستئناف دعوى طلاق الزوجة المحكوم به بوراثتها لزوجها المتوفى ما دامت شهادة الشهود قد اثبت قيام الزوجية وقت الوفاة وما دامت الزوجة الأخرى معترفة باولاد للمتوفى رزق بهم المحكوم لها بعد تاريخ الطلاق المدعى .

وبما ان وكيل المستانف عليها قرر انه يجدد الدفع بعدم الاختصاص ويدفع به امام محكمة الاستئناف وقد نصت المادة (٣١٧) من اللائحة على أن الاستئناف يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستانف وأن محكمة الاستئناف تعيد النظر فيما رفع عنه الاستئناف على اساس الدفوع والأدلة المقدمة الى محكمة اول درجة وعلى اى دفع أو دليل آخر يقوم فى الاستئناف من قبل الخصوم واذا يكون نظر هذه المحكمة فى هذا الدفع على اساس طرح النزاع فيه امامها من جديد (وان كان قد سبق ان دفع به فى القضية الجزئية) لا على اساس استئنافه استقلالا ويكون ما ذكره وكيل المستانفين من أن قرار رفض الدعوى أصبح نهائيا لمضى مدة استئنافه غير معول عليه .

٢٦٠١/٣٠٠ س ك مصر (٦/١/٣٢) م ش ٨٥٣/٣

□■□

(المبدأ ٥٧) : اذا كان المطلوب رده من الصداق لا يزيد عن ٢٠ جنيه ولا يتجاوز مجموع الصداق مائة جنيه كان الحكم فى موضوعه نهائيا .

اذا كان المطلوب رده من الصداق لا يزيد عن عشرين جنيها ولم يتجاوز مجموع الصداق مائة جنيه كان الحكم الصادر فى موضوعه نهائيا ولا يؤثر فى ذلك اختلاف الطرفين فى الخلوة الصحيحة لان هذا الاختلاف لا يعتبر نزاعا فى السبب ــ اذ السبب فى استحقاق المهر هو الزوجية ــ اما الطلاق قبل الدخول او الخلوة فالنزاع فيه نزاع فى الشرط لا يعتبر مسوغا للاستئناف.

٩١٤/٣٥ س ك مصر (٢٥/٥/٢٦) م ش ١٣١/١/٩

□■□

(المبدأ ٥٨) : اذا استؤنف حكم النفقة من احد الخصمين وتأيد فلا يسمع استئناف من الخصم الآخر حيث اعلن بالاول وكان له حق الحضور فيه ورفعه استئنافا فى الجلسة اذا كان ميعاده باقيا ووافقه الخصم او استأجل لاعلانه او طلب ضم استئنافه اليه اذا كان قد رفعه من قبل .

وحيث ان المحكوم عليه قدم استئنافا آخر لهذا الحكم ويطلب نظره الآن ، ولا محل لسماعه بعد تأييد الحكم المستانف فى قضية اعلن هو بها وكان

له ان يحضر فيها ويطلب ضم استئنافه اذا كان قد قدمه واذا لم يكن قد قدمه وكانت مدة الاستئناف باقية فله ان يقوم بالاستئناف فورا فى الجلسة في مواجهة خصمه اذا وافقه على ذلك وان لم يوافقه طلب التأجيل لاعلان خصمه باستئنافه اما وهو لم يفعل شيئا وذلك الى أن نظر الاستئناف السابق وأيد الحكم المستأنف فلا يصح سماع استئناف آخر لنفس الحكم من احد الخصوم الذين اعلنوا بالاستئناف السابق .

٢٢٠٨/٣٠ ك س مصر (٣١/١٠/٢٢) م ش ٤٦٧/٣

□■□

(المبدأ ٥٩) : الاستئناف لا يقبل حسبة من غير ذى شأن .

الاستئناف ليس من المسائل التى تقبل حسبه من غير ذى شأن فيها ولا يؤثر فى ذلك كون القرار المستأنف قد جانب الصواب فى موضع لا خفاء فيه .

٥١/٢٨ العليا الشرعية (٥١/٤/٢١) م ش ١٨٥/٢٢

□■□

(المبدأ ٦٠) : الحكم المبنى على الصلح حكم نهائى لا يجوز استئنافه .

حيث أن الحكم المطعون فيه حكم بنى على صلح من الطرفين فهو حكم نهائى بالتطبيق للمادة الخامسة من القانون رقم ٧٨ سنة ٣١ ويكون الدفع بانتهائية هذا الحكم فى غير محله ويتعين رفضه .

١٧/٣٢/ ميت غمر (٣٢/٧/١٦) م ش ٤٣٠/٦

□■□

(المبدأ ٦١) : اقامة الزوجة دعواها التطليق للضرر اضافتها امام محكمة الاستئناف التطليق للهجر ، اعتباره طلبا جديدا لاختلاف سببه .

اقامت الطاعنة الدعوى بطلب التطليق على زوجها للغيبة استنادا الى المادة ١٢ ق ١٩٢٩/٢٥ ، وكان ما اضافته أمام محكمة الاستئناف ، طلب التطليق للهجر عملا بالمادة ٦ق ١٩٢٩/٢٥ يعد طلبا جديدا يختلف فى سببه عن الطلب الأصلى ، لا يجوز قبوله أمام محكمة الاستئناف عملا بنص المادة ٣٢١ من اللائحة الشرعية .

نقض ٥٣/١٢ ق (١٩٨٤/٦/٢٦) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٦٢) : الطلب الارتجالي بمقادير كبيرة للنفقة لا يعتبر طلبا جديا بنقل الدعوى من النوع النهائي الى النوع الذي يستأنف .

طلب الحكم بمقادير كبيرة للنفقة ارتجالا في آخر لحظة في القضية أمام المحكمة الجزئية لا يعتبر طلبا جديا للتقاضي فلا يكون له أثر في سير الدعوى ونقلها من النوع النهائي بطبيعته بمقتضى القانون الى النوع الذي يستأنف .

١٣٢٧/٣٧ س ت مصر (٣٨/١٢/٢٠)　　　　م ش ١٠/٤٤٨

□■□

(المبدأ ٦٣) : اذا كان سبب الدعوى محل نزاع جاز استئناف الحكم الصادر فيها ولو كان موضوع الدعوى نهائيا .

يجوز استئناف القرار الصادر في دعوى ذات موضوع نهائي اذا كان سبب الحق المدعى متنازعا فيه .

٢٧٢/٥١ س ا قنا (٥٢/٢/٢٤)　　　　م ش ٢٢/٤٤٤

□■□

(المبدأ ٦٤) : ليس السبب الوارد بالمادة الخامسة ق ٧٨ سنة ١٩٣١ هو الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ــ بل السبب هو الأمر الموجب سواء أكان سببا أم شرطا .

ليس المقصود من السبب الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة ق ٣١/٧٨ السبب الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ــ وانما المقصود منه الأمر الموجب سواء أكان سببا أم شرطا ــ والسبب بهذا المعنى يتناول الخلوة والخلاف بشأنها . على أننا لو قلنا في مثل حادثتنا هذه بخصوصها أن الخلوة سبب لم نحد عن الصواب ــ اذ يلزم من وجود الخلوة بعد العقد وجود المهر كاملا ومن عدمها عدم النفقة وعدم كمال المهر . وما جاء بالمذكرة التفسيرية من التمثيل بالزوجية للسبب هو مجرد تمثيل لا على سبيل الحصر اذ السبب مما يتعدد وفي الأخذ بهذا فتح لباب التظلم ليصل الحق الى صاحبه وبهذا أخذ القضاء .

٦٥/٥٢ س ك طنطا (٥٢/٤/١٢)　　　　م ش ٢٢/٤٤٣

□■□

(المبدأ ٦٥) : يقبل استئناف الحكم الصادر فى دعوى النفقـة والمهر مهما كانت قيمتها متى كان هناك نزاع فى سبب المدعى من ذلك ـ ويعتبر من هذا القبيل النزاع فى الدخول والخلوة .

حيث ان الحكم مما يجوز استئنافه لانه وان كان حكم النفقة لما بنى على تفويض المدعية لمحكمة أول درجة التقدير ولم يحكم بما لا يزيد على مائة قرش شهريا وما يستحقه المدعى فى دعوى رد ما زاد على نصف المهر لم يزد على الفى قرش الا انه يوجد نزاع بين الطرفين فى سبب الحق المدعى فيهما وهو الدخول او الخلوة وعدمهـا فيجوز استئناف ذلك مطلقا طبقـا للفقرة الأخيرة من المادة الخامسـة من اللائحة .

٦٠٦/٣١ س ك مصر (٣٢/٣/٢٣) م كل ٤/٢٣٨

□■□

(المبدأ ٦٦) : يقبل استئناف الحكم الصادر فى دعوى النفقة الزوجة سواء اكان نصابها مما يستأنف ام مما لا يستأنف متى كانت الزوجية منكرة لان النزاع فى الواقع انما هو فى حصول الزوجية او عدمه .

من حيث ان الحكم المستأنف فى الموضوع وهو غير صحيح لأن نهائيـة حكم نفقة الزوجية او عدم نهائيته اذا لم تبلغ النصاب ولم يحكم به المنصوص عليه فى المادة الخامسـة من اللائحة فانما هو عدم انكار اصل الزوجية اما عند انكارها فيكون الحكم ابتدائيا سواء احكم بالنصاب ام لم يحكم به لأن الواقع ان النزاع انما هو فى حصول الزوجية او عدم حصولها .

١٧٠٢/٢٨ س ك مصر (٣٠/١٠/٢٠) م كل ٣/٤٤٩

□■□

(المبدأ ٦٧) : انكار نسب الولد المفروض له النفقـة نزاع فى السبب يجيز استئناف الحكم .

حيث ان الحكم المستأنف فى الموضوع ويجوز استئنافه لوجود نزاع فى السبب هو نسب الولد .

٤٤٣/٣٧ س ك مصر (٢٨/٣/١٠) م كل ٩/٣٥٠

□■□

(المبدأ ٦٨) : نفى النسب نزاع فى السبب .

نفى نسب الولد فى دعوى نفقـة يعتبر نزاعا بين الخصمين فى السبب طبقا للمادة ٥/٦ ق ٧٨ سنة ٣١ .

٤٤٦/٤٠ س ك بنى سويف (٤١/١٠/٢٨) م كل ١٢/٢٣

□■□

(المبدا ٦٩) : النزاع فى موجب العدة من قبيل النزاع فى السبب فلا تحول نهائية المفروض دون سماع الاستئناف .

حيث ان الحكم يجوز استئنافه لأن النزاع فى موجب العدة وعدمه نزاع فى السبب بحكم الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون ٣١/٧٨ فسبب وجوب نفقة العدة هو الدخول فلا تحول نهائية المفروض لعدم الطلب او الفرض بأزيد من النصاب النهائى دون سماع هذا الاستئناف .

٥٣/٦٠ س ك المنيا (٥٣/٦/٢٤) م ش ٩٠/٢٤

□■□

(المبدا ٧٠): الأحكام الانتهائية فى النفقات بين الزوجين وفى نفقة الصغير على ابيه التى نص عليها فى المادة الخامسة من القانون ١٩٣١/٧٨ لا تكون انتهائية بالنسبة لغيرهما اذا تعدى الحكم اليه .

ان أنتهائية التى نص عليها القانون فى أحكام النفقات يجب الا يعدو اثرها غير الزوج والزوجة ـ وغير الصغير ووالده ـ ولا يصح ان يفهم ان الحكم يكون نهائيا بالنسبة لغير هؤلاء ـ اذا تعدى الحكم اليه ـ لأن المشرع لابد أن يكون له اعتبار خاص فى نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على ابيه حدا به الى منع قبول الاستئناف فى الأحكام بالنفقات التى لا تتجاوز مقدارا معينا لكثرة المنازعات والخصومات بين الزوجة وزوجها فى نفقتها ونفقة الصغار مما هو واقع مشاهد تنظيما لأمر التقاضى فيها ولا كذلك الشأن فى من يتعدى اليه هذا الحكم النهائى من غير الزوجين والصغار ، فان ذلك مما يندر حصوله عادة ـ وليس مما يسهل فهمه ان المشرع جعل بعض الأحكام نهائيا وبعضها غير نهائى لمجرد الصدفة الا لحكمة اقتضته ـ فان ذلك من العبث الذى يجب أن يصان عنه عمل المشرع .

٦٨-٣١٧ س ك طنطا (٣٣/٧/٢٠) م ش ٢٣٠/٤

□■□

(المبدا ٧١) : نفقة الصغير فى ماله كنفقته على ابيه خاضعة لنص المادتين الخامسة والسادسة من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ من ناحية نهائية الحكم وعدم نهائيته .

نفقة الصغير فى ماله ليست اعظم شأنا من نفقته على ابيه حتى تتطلب نظرا ادق واكثر بجواز طرح النزاع فيها على الدرجتين الأولى والثانية فى مقدار لا يجوز استئنافه فيما لو كان الحكم صادرا به على والد الصغير ، على أن الحكم بالنفقة على والد الصغير فيه الزام له بشىء يرجع النفع فيه الى

غيره ومع هذا فهو خاضع فى جواز الاستئناف وعدم جوازه الى مقدار المطلوب او المحكوم به والحكم بنفقة الصغير فى ماله فيه معنى الزام الصغير بما يعود النفع فيه اليه وحده فاولى به أن يخضع للقواعد التى خضع لها الحكم على والده فى جواز الاستئناف او عدم جوازه بل الأمر فى نظر العقل وتمشيا مع قواعد العدل وحكمة التشريع يجب أن يكون على العكس ، وقد الحق المشرع نفقة الصغير بنفقة الزوجة فجعل الحكم بها قابلا للاستئناف اذا جاوز المائة قرش لكل نوع رعاية لجانب الصغير ومن هو فى يده ، كما روعى جانب الزوجة فى ذلك ولم يجعل المشرع فارقا بين أن تكون النفقة له فى ماله او مال والده .

١٠١/٣٢ ك طنطا (٢٧/٩/٣٣) م ش ٥/٣٤٥

□■□

(المبدا ٧٢) : القرار بعدم صحة الدعوى للتناقض قرار فى غير الموضوع .

القرار الصادر بعدم صحة الدعوى للتناقض ؛ قرار فى غير الموضوع ولا يجوز استئنافه .

٢٦/٢٣٤ العليا الشرعية (٢٥/١٠/٢٧) م ش ١/٢٨٦

□■□

(المبدا ٧٣) : القرار الصادر بعدم صحة الدعوى لا يجوز استئنافه .

القرار الصادر بعدم صحة الدعوى لا يجوز استئنافه .

٩٢٨/١٠٧ العليا الشرعية (١٤/١١/٢٩) م ش ١/٢٩٢

□■□

(المبدا ٧٤) : عدم تقديم طلبات جديدة فى الاستئناف .

وفقا للمادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا يجوز الخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية الا بطريق الدفع للدعوى الأصلية « واذا كانت الدعوى دعوى نسب تحدد نطاق الخصومة فيها أمام محكمة أول درجة على هذا الوضع ولا تتسع بطبيعتها للصلح على مال ، فان تقديم الطاعنين محضر صلح متضمنا تقسيم التركة وطلبهم التصديق عليه ورفض المطعون عليهما ذلك لعدم اعترافهما به او

اقرارهما له وتنصلهما منه يمتنع به على المحكمة هـذا التصديق ولا يجوز لها أن تعود وتعرض لموضوعه » .

نقض ٤٤/٢٣ ق (٦٧/٣/٨) س ١٨/٥٩٠

□■□

(المبدا ٧٥) : تاجيل نظر الاستئناف لمصادفة يوم الجلسة عطلة رسمية . حجز الدعوى للحكم دون اعلان المستانف بالجلسة المحددة ، ثبوت علمه بها وتقديم مذكرة بدفاعه ـ اثره ـ لا محل للتمسك بالبطلان .

اذا كانت محكمة الاستئناف قد اجلت نظر الدعوى لمصادفة الجلسة المحددة له اخيرا يوم عطلة رسمية ، وبالجلسة التالية تخلف المستانف وحضرت المستانف ضدها واقتصر دفاعها فيها على طلب الفصل في الاستئناف فقررت المحكمة حجز الدعوى للحكم مع التصريح بمذكرات للطرفين في عشرة ايام وتقدم وكيل المستانف خلال هذه الفترة بمذكرة يعتذر فيها عن عدم حضوره الجلسة لعذر قهرى وعدم تمكن زميله الذى انابه في الحضور فيها الا بعد الانتهاء من نظر الاستئناف ، وهو ما يؤكد علم المستانف مسبقا بالجلسة التى تاجلت اليها الدعوى ، متى كان ذلك وكانت المحكمة قد اتاحت له الفرصة لتقديم مذكرة بدفاعه فتقدم بمذكرته التى طلب فيها فتح باب المرافعة ليقدم مستنداته التى تمثلت في المستخرج الرسمى المرفق بالمذكرة، وقد ناقشت المحكمة دلالة هذا المستند ؛ فانه لا يجديه التمسك ببطلان الدعوى لانه لم يعلن بالجلسة الأخيرة وان المستند المقدم منه في هذه الفترة لم يعلن الى خصمه ، ولا على المحكمة بعد ذلك اذا لم تستجب لطلب اعادة الدعوى للمرافعة .

نقض ٤١/٧٤٤ ق س ٣١ ص ٥٥١ ح ١

□■□

(المبدا ٧٦) : لمحكمة الاستئناف الفصل في موضوع الدعوى ولو قضت ببطلان الحكم المستانف لعيب فيه او في الاجراءات .

متى كانت المحكمة الجزئية الشرعية قد فصلت في موضوع دعوى النسب في غير الوقف وهى مختصة بنظرها قبل صدور القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية وكان الاستئناف قد رفع عن الحكم الصادر فيها الى المحكمة الكلية الشرعية قبل صدور هذا القانون ايضا ثم احيل منها الى المحكمة الابتدائية الوطنية طبقا للمادة الثانية من القانون المشار اليه فان المحكمة الابتدائية اذا فصلت في الاستئناف المرفوع اليها بالحكم المطعون فيه تكون قد اصدرت هذا الحكم في حدود اختصاصها. ولا يغير من ذلك أن تكون قد حكمت ببطلان الحكم المستانف لعدم تصديره

باسم الأمة ثم فصلت فى موضوع الدعوى ذلك أن محكمة الدرجة الأولى اذا اصدرت حكمها فى الموضوع قد استنفدت ولايتها على الدعوى فلا تملك اعادة النظر فيه. فاذا كانت المحكمة الاستئنافية قد قضت ببطلان الحكم المستأنف لعيب فيه او فى الاجراءات التى بنى عليها وفصلت فى الموضوع المقضى فيـه ابتدائيا فانها لا تكون قد تعدت ولايتها .

نقض ٢٦/٤٤ ق (٥٧/٨/٢٧) س ٦٦٠/٨

□■□

(المبدأ ٧٧) : نظر محكمة الاستئناف الدعوى على اساس ما يقدم لها من ادلة ودفوع واوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك الى محكمـة اول درجة . للمحكوم له التمسك بما كان قد قدمه منهـا الى محكمة اول درجة ولم تقبله ـ لا حاجة الى استئناف فرعى او مقابل .

طبقا للمادة ٤١٠ من قانون المرافعات القديم (المادة ٢٣٣ من القانون القائم) يتعين على محكمة ثانى درجة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم اليها من ادلة ودفوع واوجه دفاع جديدة ، وما كان قـد قدم من ذلك الى محكمة اول درجة بحيث يكون للخصم المحكوم له ان يتمسك فى الاستئناف المرفوع من خصمه بما لم تكن محكمة اول درجة قد قبلتـه من اوجه دفاعه ودفوعه دون حاجة الى رفع استئناف فرعى او مقابل .

نقض ٣٣/٨ ق (٦٥/٦/٣٠) س ١٦ ص ٨٥٠

□■□

(المبدأ ٧٨) : استنفاد محكمة اول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى ، بطلان الحكم ، عدم وقوف محكمة الدرجة الثـانية عند حد تقرير البطلان .

اذا كانت محكمة اول درجة قد استنفـدت ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى ورات محكمة الاستئناف ان الحكم المستأنف باطل لعيب فى الاجراءات فانه يتعين عليها ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ أن لا تقف عنـد حد تقرير هذا البطلان بل تفصل فى الموضوع بحكم جديد تراعى فيـه الاجراءات الصحيحة الواجبة الاتباع .

نقض ٣١/٤٤ ق (٦٥/١/٢٧) س ١٦ ص ١٠٠

□■□

(المبدأ ٧٩) : عدم ابداء النيـابة رايها فى دعوى حجر وبطلان الحكم الصادر فى موضوع الدعوى حق المحكمة الاستئنافية فى القضاء بهذا البطلان من تلقاء نفسها .

متى كانت المحكمة الاستئنافية اذ قضت ببطلان قرار مستانف صادر فى دعوى حجر قد استندت الى عدم ابداء النيابة رأيها فى الدعوى امام محكمة اول درجة فان النعى على الحكم ببطلانه لبطلان الاجراءات التى بنى عليهـا امام المحكمة الاستئنافية اذ استند فى قضـائه الى مذكرة للنيـابة لم تعلن للخصوم قدمت بعد اتمام المرافعة فى القضية وحجزها للحكم ـ هذا النعى يكون فى غير محله ، ذلك ان البطلان المرتب على عدم تدخل النيابة او ابداء رايها فى كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية وفقـا لمادة ٩٩ مرافعات (١) انما هو بطلان حتمى تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم تطلبه النيـابة نفسها أو احد الخصوم .

نقض ٢٥/٦ ق (٥٦/١/١٩) س ١١٧/٧

□■□

(المبدأ ٨٠) محكمة الاستئناف تقدير أقوال الشهود بما يخالف تقدير محكمة اول درجة دون بيان الأسباب المبررة ـ حسبها اقامة قضـائها على ما يحمله .

لمحكمة الاستئناف ان تذهب فى تقـدير اقوال الشـهود مذهبـا مخالفـا لتقـدير محكمـة اول درجـة ، ولا يـكون عليهـا فى هـذه الحـالة أن تبين الأسباب الداعيـة لذلك ، وحسبها أن تقيم قضـاءها على ما يحمله ، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما اطمأنت اليه ولو كان مخالف لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التى سمعتهم .

نقض ٤٦/٨٦٨ ق س ٣٠ ص ٤٤٦

□■□

(المبـدأ ٨١) : شطب الاستئناف المرفوع عن حكم شرعى ـ لا يلغى اجراءات الاستئناف ولاتزول الآثار المترتبة على رفعه ـ اثر الشطب قاصر على استبعاد الدعوى من الجدول .

مفاد نص المادة ١١٢ من لائحة ترتيب المحـاكم الشرعية الصادر بهـا المرسوم بقـانون رقم ٣١/٧٨ أن قرار شطب الاسـتئناف لا يلغى اجراءات الاستئناف ولا تزول معه الآثار المترتبة على رفعه وقيـامه بل كل ما يؤدى اليه هذا الشطب هو استبعاد الدعوى من جدول القضايا وعدم الفصل فيها مع بقائها وبقـاء كافة الآثار المترتبة عليهـا . وعلى ذلك فان الحكم الشرعى المستأنف لا يكون قد أصبح نهائيا .

نقض ٢٦/١ ق (٥٨/١/٢٥) س ١/٩

□■□

---

(١) المادة ٨٨ من قانون المرافعات الجديد .

اشـــــكال

(المبدا ١) : الاشكال فى التنفيذ قضت به ضرورة سرعة منع الضرر .

الاشكال فى التنفيـذ قضت به ضرورة سرعة منـع الضرر المحتمل عن المحكوم عليه وقت التنفيذ الذى يجب الاسراع به ولذا لم ياخذ حكم الدعاوى العادية فى مرات الاثبات والضرورة تقدر بقدرها .

١٢/٠٨ س ك أسيوط (١/٥/٣٤) م ش ٨٧٦/٥

□■□

(المبدا ٢) : الغرض من الاشكال هو وقف التنفيذ قبل تمامه فلا يقبل بعد حصول التنفيذ ولا يعتبر قبوله من المنفذ رجوعا عن التنفيذ .

ومن حيث ان الغرض من الاشكال انما هو وقف التنفيـذ قبل تمامه فأما بعد التنفيذ وتمامه فلا يرد الاشكال ولا يصح قبول .

ومن حيث ان القول بأن قبول الاشكال من المنفذ يعد عدولا عن التنفيذ وترجع الحالة الى ما كانت عليه قبل التنفيذ لا وجه له فان المنفذ بعد ما قام بتنفيذ الحكم قد انتهت مأموريته ولا يملك نزع العين ممن سلمت اليه لأن هذا ليس من حقه ولا تقتضيه طبيعة وظيفته .

٢٣/٢١١ ك مصر (٢١/١٠/٣٤) م ش ١٥٦/٧

□■□

(المبدا ٣) : الحكم المنفذ لا يوقفه الا حكم آخر ما دام التنفيـذ على المـــال .

من حيث ان الحكم المنفذ لا يوقفه الا حكم آخر ما دام ان التنفيذ على المال والشـــان له بعد مطالبتها برد ما تاخـذه من غير حق بطريقه القـــانونى ضرورة انه لا يراد بالاشكال الا ابطال اثر الحكم ولا سبيل اليه الا بحكم آخر وما جاء بتعليمات الحبس من أن الورقة الرسمية توجب وقف تنفيذ الأحكام انما هو خاص بحالة التنفيذ على النفس بالحبس لما فيه من الضرر على النفس الذى لا يعوض اما المال فهو ادنى شانا منه .

٣١/٤٤٢ كوم حمادة (١٤/٦/٣٢) م ش ٤٠٨/٦

□■□

(المبدأ ٤) : الاشكال المتعلق بالموضوع والمتعلق بالاجراءات .

اذا كان سبب الاشكال بحيث لو ثبت ينقض الحكم وترفض الدعوى كان متعلقا بالموضوع . واذا كان سببه بحيث لو ثبت يوقف التنفيذ فقط حتى يتم الفصل نهائيا كان متعلقا بالاجراءات .

٤٦/٦٢٤ الاسماعيلية (٤٧/٩/١١) م ش ١٨٥/١٩

□■□

(المبدأ ٥) : لا يقبل الاشكال فى تنفيذ الحكم بمبلغ من النفقة بالبراءة المدعاة بمقتضى ورقة الطلاق ما دام لم يصدر حكم بالبراءة .

حيث ان الوارد باشهاد الطلاق من أن المستشكل ضدها قد ابرأته من نفقة عدتها غير قاطع للنزاع اذ لها ان توجه اليه ما يقتضى السير فى مبلغه من الصحة اذا ما أثار المستشكل الموضوع بدعوى براءة ذمته من بعض المتجمد المنفذ به المذكور فهو ليس فى قوة الحكم .

٤٤٢/٣١ كوم حمادة (٢٢/٦/١٣) م س ٤٠٨/٦

□■□

(المبدأ ٦) : لا يقبل الاشكال فى تنفيذ الحكم بنفقة وكسوة الصغير بابراء حاضنته الأب من نفقة حضانته لأن الحضانة مضافة الى النفقة انما تؤدى معنى الأجر لا نفقة الصغير .

طلب المستشكل ايقاف التنفيذ لأن المستشكل ضدها ابرأته من مؤخر صداقها ونفقة عدتها ونفقة البنت واجرة حضانتها باشهاد من مأذون « صيغة الابراء أبرأتك من مؤخر صداقى ومن نفقة عدتى منك الى انقضائها شرعا ومن نفقة حضانة ابنتى المرزوقة منك المسماة انشراح الى انقضائها شرعا نظير سؤالك الطلاق على ذلك » .

وحيث أن الابراء المذكور فى اشهاد الطلاق ليس نصا فى الابراء من نفقة البنت بنوعيها وأن اضافة كلمة نفقة الى كلمة حضانة تفيد أن المراد بها انما هو أجرة الحضانة صونا لكلام العاقل من العبث وتصحيحا للكلام فى سياقه الوضعى لأن الحضانة فعل الحاضنة ولا يستقيم الكلام اذا أبقيت كلمة نفقة على غير معنى الأجرة — الست ترى أن الحمل مثلا هو فعل الحامل اذا أضيفت اليه كلمة ككلمة النفقة مما يصح تأويلها الى معنى الأجرة كان لا شك أن المراد بذلك انما هو أجرة الحمل وقد نص النحاة على ان المضاف اليه اذا لم يكن من جنس المضاف ولا ظرفا واقعا فيه فالاضافة على معنى اللام واللام للتعليل . فالعلة فى النفقة هى الحضانة واذا كانت الحضانة هى علة النفقة فانها هى التى على معنى الأجرة فيكون الابراء على ذلك انما هو ابراء من أجرة حضانة البنت لا من نفقة طعامها وبدل كسوتها — على أننا اذا تعسفنا فى القول وتركنا السياق يجرى على عواهنه كيفما اتفق حتى يشتمل

القول الابراء من نفقة طعام البنت وكسوتها وهما ما تنفذ المستشكل ضدها بمتجمدها فقط بالحكم الذى قدمته وليس فيه أجرة الحضانة فان الحقوق الملزمة لا تخلى صاحبها من مثل ذلك من عهدة الالتزام الا باقرار صريح ودليل صحيح وما استند اليه المستشكل هو اشهاد الطلاق ليس اقرارا صريحا من المستشكل ضدها ولا ينهض دليلا صحيحا لدعوى المستشكل .

٢٩/٢٤١ المنشية (٣١/٥/٦) م ش ٢/٩٢٨

□■□

(المبدأ ٧) : الاشكال المستند الى اوراق منكرة .

لا يقبل الاشكال فى تنفيذ حكم النفقة بدعوى براءة الذمة مستندة الى أوراق منكرة الا اذا أودع المطلوب التنفيذ به .

٢٩/١٠٩١ ك مصر (٤٠/٤/١٣) م ش ١/٧٠٥

□■□

(المبدأ ٨) : يرفض الاشكال فى تنفيذ حكم الطاعة متى كان موضوعه وجود دعوى مرفوعة بالطلاق .

وحيث ان حكم الطاعة نهائى لا يوقف تنفيذه الا حكم آخر نهائى وحيث ان دعوى الطلاق المشار اليها لم يفصل فيها حتى الآن فيتعين رفض الاشكال ومجرد دعوى الطلاق من الزوجة لا يفصم عروة الزواج .

٣١/٥٦٣ مغاغة (٣١/٨/٥) م س ٢/٢٧٨

□■□

(المبدأ ٩) : الاشكال كما يكون وقت التنفيذ فى محضره يكون بدعوى ترفع استقلالا .

وحيث انه لم ينص فى اللائحة الشرعية على منع المنفذ ضده من رفع اشكاله للمحكمة من تلقاء نفسه بغير واسطة المحضر ما دام التنفيذ قائما وضرره واقع بل العدالة تقضى بأحقيته فى رفع اشكاله بواسطة المحضر او بنفسه للمحكمة مباشرة ولا يحرم من هذا الحق لأنه قد يكون غائبا عند التنفيذ أو لم يكن معه رسم الاشكال ليقدمه للمحضر أو امتنع المحضر من قبول اشكاله فلو لم يمكن من رفع إشكاله للمحكمة بعد ذلك لوقع عليه ضرر بعدم انتفاعه بالمحجوز عليه وبيعه وتحميله مصاريف الحراسة وغيرها من الأمور التى تقضى العدالة برفعها عنه فى اقرب وقت ممكن ولهذا جرى العمل فى المحاكم على اختلافها على جواز رفع الاشكال بواسطة المحضر .

٩٣١/٣٤٢ دكرنس (٢٢/٣/٩) ت س م ش ٤/٢٢٨

□■□

(المبدأ ١) : اشهاد الوراثة ليس حكما بالوراثة اذ لم يسبقه نزاع .

من حيث ان اشهاد الوراثة ليس حكما بالوراثة اذ لم يسبقه نزاع ولم تجعله اللائحة حكما بل اعتبرته حجة ودليلا ، ولا ينافى صدور حكم فيما بعد بنقضه او بنقص بعضه ،او يؤيده ولم تجزء الا حين لا يكون هناك خلاف .

٢٩/٤ شبراخيت (٢٠/١١/٣٠) م ش ١/٢٣٣

□■□

(المبدأ ٢) : الاعلام الشرعى بالوراثة هو من قبيل الدعوى التى لاتؤثر على من لم يكن خصما فيها .

الاعلام الشرعى بالوراثة هو من قبيل الدعوى التى لا تؤثر على من لم يكن خصما فيها والكذب فى الدعوى كما هو معلوم لا يعتبر تزويرا لأن لصاحب الشأن أن يدفع هذه الدعوى ، او الحكم الذى يصدر فيها بالطرق القانونية وحيث انه لا يعترض على هــذا بما جاء فى المادة ٣٥٧ المذكورة من أن الاعلام يعتبر « حجة » فى خصوص الوفاة والوراثة ما لم يصدر حكم شرعى بنقضه أو تعديله ، لان المراد من هذه العبــارة أن الاعلام يعتبر قائما وحافظا أثره بالنسبة لغير الورثة حتى يصدر الحكم الشرعى المحكى عنه ، بمعنى أن الغير اذا دفع بســلامة نية للورثة الواردة أســماؤهم فى الاعلام ، ثم ظهــر ورثة آخرون فلا يكون لهؤلاء حــق الرجوع على من دفع ، وانمــا على من قبض فقط ، وهذا عملا بالقــاعدة الشرعية التى تقضى أن الأمين اذا دفع تنفيــذا لأمر القاضى لا يضمن فيما لو ظهر بعــد الدفع مستحق آخر ، والواقع أن القول بأن كلمة « حجة » تشمل أيضا الورثة يكون فيــه تناقض صريح مع نص المادة ٢٥٧ ق ٣١/١٩١٠ التى تبيح للوارث حق الطعن فى الاعلام بطريق الدعوى فوجود هذا الحق للوارث لا يتفق والقول بأن الاعلام حجة عليه .

٤٤/٩١٨ ق (٣٧/٦/٧) م ش ١/١٢٧

□■□

(المبدأ ٣) : الاعلام الشرعى حجــة فى خصوص الوفاة والوراثة ما لم يصدر حكم شرعى باخراج بعض الورثة أو ادخال آخر .

نصت المادة ٣٥٧ ق ٣١/١٩١٠ على اعتبــار الاعلام حجة فى خصوص الوفاة والوراثة ما لم يصــدر حكم شرعى باخراج بعض الورثة أو ادخال

آخرين . وظاهر من هذا النص أن الاشهاد لا يكون حجة اذا صدر حكم يخالف ما جاءفيه . وواضح أن غرض الشارع أن الحكم المنافي لما في الاشهاد يدحض حجيته سواء أكان الحكم صادرا قبل الاشهاد أو بعده خصوصا اذا كان الحكم نهائيا قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه بل صدور الحكم على خلاف الاشهاد قبل صدوره يكون أولى بدحض الحجية لان الاشهاد والحالة هذه يكون قد عمل على وجه يخالف ما هو ثابت قطعا .

٢٧/١٧٢ ك مصر (٨/٤/٣٠) ت س — م ش ١٥٥/٢

□■□

(المبدأ ٤) : لا يقبل الاحتجاج باعلام الوفاة والوراثة ما دام قد سبقه حكم مناف له .

لا يقبل الاحتجاج باعلام الوفاة والوراثة ما دام قد سبقه حكم مناف له ترتبت عليه آثاره وما دام من يراد الاحتجاج به عليه لم يكن طرفا في ذلك الاشهاد ولم يعلن باجراءاته .

٢٧/١٧٢ ك مصر (٨/٤/٣٠) ت س — م ش ١٥٥/٢

□■□

(المبدأ ٥) : اشهاد الوفاة والوراثة ــ حجيته ما لم يصدر حكم على خلافه ــ انكار الوراثة مناطه ــ صدوره من وارث ــ بيت المال لا يعتبر وارثا .

وفقا للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يكون تحقيق الوفاة والوارثة حجة في هذا الخصوص ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق وانكار الوراثة الذي يستدعي استصدار مثل هذا الحكم يجب ــ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ أن يصدر من وارث آخر يدعي الوراثة (١) وبيت المال ــ وزارة الخزانة ــ لا يعتبر وارثا بهذا المعنى وانما تؤول اليه التركة على انها من الضوائع التي لا يعرف لها مالك وهو ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ في قولها : « فاذا لم يوجد احد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها للخزانة العامة » فاذا كان الثابت ان الطاعن استند في دعواه على الاعلام الشرعي الذي بمقتضاه تحققت وفاة والدته وانحصار ارثها فيه واغفل الحكم المطعون فيه حجية هذا الاعلام في مواجهة بيت المال فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه وشابه قصور يعيبه .

نقض ٣٥/٢ ق (١١/٥/٦٦) — س ١٧/١٠٨٣

□■□

---

(١) طعن ٣١/٥٥ ق ج ١١/٣/١٩٦٤ س ١٥ ص ٣٤٠
طعن ٢٩/٢٤ ق ج ٩/٥/١٩٦٢ س ١٣ ص ٦١٩ .

(المبدا ٦) : لا يمكن اعتبار الاعلام حجة على من لم يكن طرفا فيه .

لا يمكن اعتبـار الاعـلام حجـة على من لم يكن طرفا فيـه ولم يعلن باجراءاته .

١٢٧/١٧٢ ك مصر (٣٠/٤/٨) ت س م ش ١٥٥/٢

□■□

(المبدا ٧) : الاعلامات الشرعية تعمل بناء على اجراءات تتخذها الادارة وتحقيق تجريه المحكمة .

الاعلامات الشرعية فيما يتعلق بالوفاة ومعرفة الورثة انما تعمل بنـاء على اجراءات تتخذها الادارة وعلى تحقيق تجرية المحكمة الشرعية أمام أحد قضاتها طبقا للمادة ٣٥٧ من اللائحة ولا بد قانونا أن يترتب لهذا العمل أثره القانوني من حيث نفاذه على الغير وهو وان كان ليس حكما فى خصومة قاطعا فى النزاع الا انه ذو اثر من ناحية تقريره الحقوق ولا يتعطل فيه هـذا الأثر أو يزول الا بحكم فى دعوى النسب امام المحاكم الشرعية .

١٥/٧١٩ ك مصر (٢٧/٥/٢٩) م ش ٤٧٤/٢

□■□

(المبدا ٨) : الدعوى الشرعية التى توقف العمل بنفاذ الاعلام الشرعى هى الدعوى المطروحة قانونا امام القضاء الشرعى .

ان الدعوى الشرعيـة التى توقف العمل بنفـاذ الاعـلام الشرعى هى الدعوى المطروحة قانونا امام القضاء الشرعى ولا تعتبر الدعوى مرفوعة قانونا الا بقيدها فى جدول المحكمة ، ولا يكفى فيها مجرد الاعلان لأن بالقيد بالجدول يظهر لها وجودها القانونى . وأما الاعلان فلا ــ وممـا يؤكد ذلك أن مجرد الاعلانات وهى لا تخرج عن كونها انذارات لا تحدث اثرها القانونى من حيث قطع التقادم وما الى ذلك من الآثار القـانونية ، والا أن قيل بالأثر القـانونى بمجرد الاعلان وما يترتب على هـذا من تعطيله مفعول الاعـلام الشرعى ثم الوقوف دون القيد بالجدول وعدم المضى فى قطع الخصومة القضائية لكان فى ذلك الاخلال بالأصول القانونية التى لم تتقرر الا لأجل أن تكون وفقا لحماية الحقوق لا لتعطيلها ، اذ تصبح الاعلانات الشرعية وكأن لا مفعول لها مطلقـا حيث لا دعوى مرفوعة ولا عريضة ولا خصومة جدية بالمعنى العلمى الصحيح.

٢٥/٧١٩ ك مصر (٢٧/٥/٢٩) م ش ٤٧٤/٢

□■□

(المبدأ ٩) : رفع الدعوى وعدم قيدها لا يكفى فى تعطيل أثر الاعلام الشرعى الخاص بالوفاة والوراثة .

لا يكفى فى تعطيل أثر الاعلام الشرعى الخاص بالوفاة والوراثة مجرد رفع الدعوى وعدم قيدها بجدول المحكمة اذ لا تعتبر الدعوى مرفوعة قانونا ولا تحدث آثارها القانونية من قطع المدة وما الى ذلك من الآثار القانونية الصحيحة الا اذا كانت مقيدة بجدول المحكمة ، اذ بالقيد تصبح بالدعوى معلومة علما قانونيا لدى المحكمة المرفوعة امامها ، وأما مجرد الاعلان فهو الخطوة الأولى فى سبيل الدعوى وليس وحده كل ما يكون الدعوى تكوينا قانونيا صحيحا .

٢٥/٧١٩ ك مصر (٢٧/٥/٢٩) م ش ٢/٤٧٤

□■□

(المبدأ ١٠) : اذا تأيدت الاعلامات الشرعية الخاصة بوفاة وتعيين الورثة باقرارات وأوراق رسمية وجب اعتبار الدعوى الشرعية بمثابة عمل قانونى معطل لمفعول الاعلامات الشرعية وفى هذه الحالة يجب صرف النظر عن الدعوى الشرعية وضرورة المضى فى الدعوى المدنية .

وحيث ان الاعلامين الشرعيين المتقدمين صحيحان لصدورهما أولا بعد اجراءات قانونية صحيحة وثانيا لأنهما تأيدا بأعمال عدة صادرة من الورثة بما لا يجعل محلا للشك مطلقا فى اقرار الورثة للتوريث عى الوجه المفصل بالاعلامين . ثالثا لأن الدعوى الشرعية التى لم تقيد ثم قيدت بعد حجز هذه الدعوى للحكم ، انما هى دعوى لا يمكن وصفها الا بأنها للمضايقة الغرض منها تعطيل الأثر القانونى للاعلامين الشرعيين ــ وليس أدل على المضايقة منها تعارضهما تعارضا ظاهرا مع الأوراق الرسمية والاقرارات القانونية الصادرة من أصحابها .

٢٥/٧١٩ ك مصر (٢٧/٥/٢٩) م ش ٢/٤٧٤

□■□

(المبدأ ١١) : مجرد انكار الاعلام الشرعى غير المعزز بدعوى لا يعطل مفعوله .

لا يتعطل مفعول الاعلامات الشرعية المتقدمة بمجرد انكارها انكارا غير معزز بدعوى شرعية جديدة مقيدة بجدول المحكمة .

٢٥/٧١٩ ك مصر (٢٧/٥/٢٩) م ش ٢/٤٧٤

□■□

(المبدأ ١٢) : تحقيق الوفاة والوراثة هو بمثابة دعوى يدعى فيها الطالب وراثته .

ان تحقيق الوفاة والوراثة ـ هو بمثابة دعوى يدعى فيها الطالب انه وارث ويعلن فيها جميع الورثة ـ وبعد ان يتحقق القاضى من صحة الطلب يصدر الاعلام الشرعى المطلوب ، وان الورثة اذا نازعوا كلهم أو بعضهم فى الطلب يوقف القاضى عمل الاعلام ويكون الطالب فى هذه الحالة مضطرا الى رفع دعوى شرعية بالوراثة .

٩١٨/ ٤ ق (٢٧/٦/٧) س ١/ ١٢٧

□■□

(المبدأ ١٣) : اشهاد تحقيق الوفاة والوراثة لا يمكن تنفيذه عند النزاع

اشهاد تحقيق الوفاة والوراثة لا يمكن تنفيذه عند النزاع فلا بد فى هذه الحالة من الحصول على حكم يكون واجب التنفيذ عند الاقتضاء .

١٨/ ٤٦ العليا الشرعية (٢٨/١/ ٤٧) م ش ١٢/ ١٠٢

□■□

(المبدأ ١٤) : اشهاد الوفاة والوراثة لا يكون حجة فيما دون به الا على الورثة المتصادقين .

اشهاد تحقيق الوفاة والوراثة لا يكون حجة فيما دون به الا على الورثة المتصادقين ولا يتعدى الى الغير وقد يكون من مصلحة المدعى الحصول على حكم يصدر بناء على حجة شرعية غير الاقرار ليكون متعديا الى غير المقر .

١٨/ ٤٦ العليا الشرعية (٢٨/١/ ٤٧) ١٢/ ١٠٨

□■□

(المبدأ ١٥) : لا يحتج باشهاد الوفاة والوراثة الا على الورثة الواردة اسماؤهم بعريضة المتصادقين عليه صراحة او ضمنا فلا يكون حجة على غيرهم ولا مثبتا للوراثة ضد من عداهم .

من حيث ان اشهاد تحقيق الوفاة والوراثة لا يحتج به الا على الورثة الواردة اسماؤهم فيه والمتصادقين عليه صراحة او ضمنا بان اعلنوا بالحضور امام المحكمة فى الميعاد المحدد ولم يجيبوا بشىء اصلا مما تضمنه الطلب اما من يدعى الوراثة غيرهم فلا يكون حجة عليهم .

٣٣/ ٥١ العليا الشرعية (٢٢/١٢/ ٥١) م ش ٢٢/ ٥٨٦

□■□

(المبدا ١٦) : اشهاد الوراثة اذا انكره الخصم لا يقوى ان يكون حجة عليــه .

اشهاد الوفاة اذا انكره الخصم لا يقوى أن يكون حجة عليه ولا ينهض دليلا ضده اذ لا يخرج عن كونه اشــهادا اخذ بناء على طلب الطــالب وعن لســانه .

٢٧/٩٠ الدر (٢٠/٣٩) ت س   م ش ٢٦٦/١٠

□■□

(المبدا ١٧) : الوارث الذى يعلن فى مادة تحقيق الوفاة والوراثة ولم يحضر الجلسة المحددة وضبط الاشهاد بناء على ذلك فلا تسمع دعواه بعــد ذلك بعدم وراثة من اعلنه .

اذا اعلن الوارث فى مادة تحقيق وفاة وراثة مع شخصه ولم يحضر فى الجلسة المحددة لضبط الاشهاد وضبط الاشهاد بناء على ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه بعدم وراثة من اعلنــه فى مادة تحقيق الوفاة والوراثة لأن عــدم حضوره قرينة قاطعة على عدم صحة دعواه .

٢٨/٦٥٩ اسيوط (٩/٩/٣٩) ت س   م ش ٦٨/٥/١١

□■□

(لمبدا ١٨) : تدفع حجية الاعلام الشرعى بحكم من المحكمة المختصــة سواء فى دعوى اصلية او فى دفع ابدى فى دعوى .

ان حجية الاعلام الشرعى تدفع وفقا لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة وهذا الحكم كما يكون فى دعوى اصلية يصح أن يكون فى دفع ابدى فى الدعوى التى يراد الاحتجــاج فيهــا بالاعلام الشرعى فاذا كانت الهيئة التى فصلت فى هذا الدفع مختصــة اصلا بالحكم فيه فان قضاءها فيه لا يعتبر اهدارا لحجيــة الاعلام لا تملكه المحكمة قانونا بل هو قضاء من محكمة مختصة يخالف ما ورد فى الاعلام وذلك افصاحا عن مراده من أن حجية الاعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على اجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات ادارية يصح ان ينقضهــا بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة .

٢٦/٢٩ ق (١٩/٦/٥٨)   س ٦٠٣/٩

□■□

(المبدا ١٩) : حجية الاعلام الشرعى تدفع بحكم من المحكمة المختصة سواء فى دعوى اصليــة او دفع ابدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيهــا بالاعلام الشرعى .

تدفع حجية الاعلام الشرعى بحكم من المحكمة المختصة ـ وهذا الحكم كما يكون فى دعوى اصلية يصح أن يكون فى دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيهــا بالاعلام الشرعى متى كانت الهيئـــة التى فصلت فى الدفع مختصة اصلا بالحكم فيه وقضاؤها هذا لا يعتبر اهدارا لحجية الاعلام لاتملكه المحكمة أصلا بل هو قضــاء من محكمة مختصة يخــالف ما ورد فى الاعلام بتحقيق الوفاة والوراثة ، وهذا القضاء أجازه الشارع وحد به من حجيــة الاعلام الذى يصدر بناء على اجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات ادارية يصح ان ينقضها بحث تقوم به الجهة القضائية المختصـة .

نقض ٢٩/٢٤ ق (٦٢/٥/٩) س ٦١٩/١٢

□■□

(المبدا ٢٠) : الاعلام الشرعى ـ حجيته ـ دفعهــا بحكم من المحكمة المختصة وعدم جواز الطعن فى الاعلام الشرعى بطريق النقض استقلالا .

الاعلام الشرعى ـ وعلى ما جرى به قضــاء محكمــة النقض ـ تدفع حجيته وفقــا لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحــاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة وهو بهــذه المثــابة لا يتصور أن يكون محــلا للطعن بطريق النقض استقلالا ، ولا عبرة بالتحدى بأن الأحكام الصادرة فى مســائل الأحوال الشخصية تسرى على الكافة الى أن يقضى بالغائها لأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية لا تكون الا للأحكام التى تنشىء الحالة المدنية لا الأحكام التى تقرها . واذا خلع حكم على الطاعن صفة البنوة فانما يقرر حالة ولا ينشئهــا ومن ثم تكون حجيته نسبيـــة قاصرة على اطــرافه لا تتعداهم الى الغير .

٣٥/٦ ق (٦٨/٢/٧) س ٢١٥/١٩

□■□

اعـــذار شرعيـــة

(المبدأ ١) : العذر الشرعى : هو تلك الحاجة التى تجعل الشخص غير قادر على المطالبة بحقه .

ان الفقهاء حين تكلموا عن الأعذار الشرعية لم يحصروا انواعها وانمـا مثلوا لها بغيبة المدعى عليـه او فقره او كونه ذا شوكة يخشى بأسه . وممـا ذكروه نقطع بأن نحدد العذر الشرعى بما يلى : هو تلك الحاجة التى تجعل الشخص غير قادر على المطالبـة بحقـه ـ وقد اطلق المشرع العـذر الشرعى اعتمادا على ان المـادة الموضوعية لقضاء المحاكم الشرعية هى اقوال فقهـاء المـذهب .

٤٦/٥٣١ ملوى (٤٧/٢/١٢) ت س م ش ٢٠٩/٢٠

(المبدأ ٢) : لم يذكر الفقهاء الأعذار الشرعية على سبيل الحصر .

الفقهاء وان مثلوا للعذر ببعض الأمثال كغيبة المدعى أو فقره او جنونه او خشيته سلطان المدعى عليه او اعسـار المدين الا انهم لم يذكروا هذه الأعذار على سبيل الحصر حتى يكون وجود غيرها مانعا من السماع بل انهم ارادوا بالعذر تلكم الحالة التى تجعل الشخص غير قادر على المطالبة بحقه .

٣٦/٧٧٦ تلا (٣٧/٤/٢٠) م ش ٢٩٣/٧/٨

□■□

(المبدأ ٣) : الزوجية عذر شرعى .

بالبحث فى كتب الفقهـاء ـ هل جعلوا قيام الزوجية مصـدرا لبعض القواعد المطردة وموقفا لنفاذ الأقضية او لا ـ ذكر فى الدر فى باب حد السرقة « ولا يقطع بسرقة من زوجته وان تزوجها بعد القضاء ولو كان من حرز » . علق ابن عابدين على ذلك بقوله : « اى ولو من وجه كالمبتوتة المعتدة فى منزل على حدة ولو سرق بعد انقضاء العدة قطع كما فى الكافى » وورد فى الهنـدية ولو سرقت امرأة من زوجها او سرق رجل من امرأته ثم طلقها قبل الدخول فبانت لغير عدة ولم يقطع واحد منهما مطلقا ، ولو تزوجها الأجنبى التى سرق مالها بعد الحكم عليه بالقطع فانه لا يقطع عند الطرفين ، وذلك لأن الزوجية مانع طارىء على الحد والمانع الطارىء فى الحدود كالمعارض يمنع من القطع . فمن هذا ترى انهم اهدروا حدا وجب على احد الزوجين للشبهة الطارئة وهى شبهة الملك مما يدل على أن الشارع أراد تقوية العلاقة الروحانية التى يخلقها

الزواج بين الزوجين فلم يشــأ ان يأخذ احدهما بحق صاحبه وفيه شبهــة ولو كانت طـارئة على ما أوجب الحد على احدهمـا . ولعل قائلا يقول ان الاعفاء فيما ذكر انما هو لانتفاء الحرز . فنقول ان الاعفـاء انما هو بسبب وجود الشبهة القوية لكل منهما فى ملك صاحبه لا لانعدام الحرز لأن انعدام الحرز غير متحقق فيما لو حصلت السرقة والقضاء بالقطع قبل الزواج اذ كل منهما اجنبى عن صاحبه وقتذاك ــ ويدل لذلك ما ورد فى الهنــدية ــ واذا سرق احد الزوجين من حرز خاص للاخر لا يسكنان فيه لاقطع كذا فى غاية البيان ، فوضح من هذه النقول ان الشارع راعى تلك الصلة القوية بل راعى قيام اثرها وهى فى العدة فاذا كان هذا فى احكام السرقة وهى اموال وحــد فكيف لا يكون قيام الزوجية عذرا قويا مبيحا لسماع دعوى الزوجية بحال صــداقها قبل زواجها ولو مضت على ذلك المدة القانونية حرصا على دوام حسن المعاشرة واستبقاء حنان الزوج وعطفه .

وذكر الفقهاء أن من الأعذار أن يكون من عليه الحق ذا سلطان يخشى ، واى سلطان اقوى من سلطان الزوج على زوجته انه يأمرها فتطيع تجنبــا للأذى ــ وهذا اكراه منه بمقتضى سلطانه عليها وارغام لها على السكوت عن المطالبة ــ ومن المقرر شرعا أن الاكراه يفسد الاختيار واذن فتكون الزوجة فى حرصها على دوام العشرة مكرهة على ترك المطالبة بحقها ــ على انه قد ورد فىنصوص الفقهاء صراحة اعتبار الزوجية عذرا ففى تنقيح الحامدية مانصه: « المراة اذا لم تخاصم سنين ولم تطلب المفروض فهى على حقها اما ما ذهب اليه بعض الكاتبين من حمل هذا النص على عدم سقوط الحق وبطلان ذاته فليس بشىء اذ الفصل منعقد لبيان ما تسمع به الدعوى ، وسياق الكلامدال على ذلك . ويدل لذلك ما رواه فى البحر عن المبسوط بعد أن ذكر القضــاء الباطل . لكن ما فى المبسوط لا يخالفه فانه ليس قضاء بسقوط وانما فى عدم سماع الدعوى . وبذا تكون الزوجية عذرا شرعيــا قويا (راجع ابن عابدين جزء ٢ والهندية والخانية ج ٢ فيما نقلناه) . وقــد استصوب ابن عابدين تعميم العذر الشرعى .

٤٦/٥٣١ ملوى (٤٧/٢/١٢) ت س م ش ٢٠٩/٢٠

□■□

(المبدأ ٤) قيام الزوجية لا يمنع من المطالبة بمقدم الصداق .

ان قيام الزوجية وقصد المحافظة على الألفة لا يمنع من المطالبة بمقدم الصداق كما قد تحصل المطالبة بحقوق اخرى مع قيام الزوجية كالمطالبــة بالنفقة أو الجهاز أو غير ذلك وقضايا الزوجية فى حقوق كثيرة ومنها مقــدم

الصداق مع قيام الزوجية لا تحصى كثرة ولذلك قد نصوا على أن الزوجية ليست من الأعذار كما لو باع عقارا أو غيره وزوجته حاضر ةتعلم بالبيع ثم ادعت أنه ملكهـا فلا تسمع دعواها بخلاف الأجنبى ولو جارا ـ وعللوا ذلك بقطع الأطماع الفاسدة وسد باب التزوير والتلبيس فجعل سكوتها كالافصاح بأنه ملك للبائع ولم يقيدوا ذلك بمدة ومنعوا الزوجة من هـذه الدعوى ومن الدعوى بالثمن أيضا ولم يعتبروا الزوجية عذرا مع طولها (نص على ذلك فى كثير من معتبرات كتب المذهب كالجزء الرابع من الدر المختار ورد المحتار صفحـات ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، والجزء الخامس من صفحتى ٤٨٩ ، ٤٩٠ والجزء الأول من التكملة لابن عابدين صفحات ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ،والفواكه البدرية لابن الغرس وشرحها ص ١٨٠) .

أما ما جاء فى تنقيح الحـامدية نقلا عن الخانيـة من أن المرأة اذا لم تخاصم سنين ولم تطالب بالمهر المفروض لها فانها تبقى على حقها فلا ينافى فيما تقدم اذ قد با نمما سبق أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان وما ذكره فى الخانية تفريع على هذا لم يكن من قبيل المنع من سماع الدعوى بالتقادم لأن عدم سماع الدعوى لم يكن قضاء ببطلان الحق ولا مبنيا على بطلانه اذ لو كان ذلك حكما ببطلانه لم يلزمه باقراره ـ وحينئذ لا تعتبر الزوجية عذرا شرعيا يمنع من التمكن من رفع الدعوى .

٢٨/٩٦ العياط (٢٩/٢/٢٥) م ش ١١٠/١

□■□

(المبدأ ٥) : قيـام الزوجية من الأعذار التى يغتفر معهـا المطالبـة بالحقوق .

قيـام الزوجية من الأعذار الشرعيـة التى يغتفر معها عدم المطالبـة بالحقوق ويكون قيامها مانعا من سريان المدة القانونية المانعة من سماع الادعاء بالحقوق شرعا مع التمكن وانكار الحق لأن الفقهاء لم يذكروا الأعذار المذكورة الا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، فصار المفهوم أن المراد بالعـذر الحالة التى تجعل الشخص غير قادر على المطالبة بحقه .

٣٦/٧٧٦ تلا (٣٧/٤/٢٠) م ش ٢٩٣/٧/٨

□■□

(المبدأ ٦) : قيام الزوجية والرزق بالولد فى أثنائها . يعتبر عذرا شرعيا

قيام الزوجية الموقتة والرزق بالأولاد فى أثنائها يعتبر عذرا مانعا شرعا

من المطالبة بباقى الصداق فاذا طالبت الزوجة بحقها بعد ذلك لحصول نزاع بينها وبين زوجها اجيب طلبها .

٣٨/٥٣٥ الضواحى (٣٩/٥/٨) م ش ٧٩/٦/١

□■□

(المبدأ ٧) : قيام الزوجية عذر شرعى يغتفر معه للزوجة ان تؤخر دعواها بطلب المهر .

المنصوص عليه شرعا ان قيام الزوجية عذر شرعى وانه يغتفر للزوجة ان تؤخر دعواها بطلب المهر ففى تنقيح الحامدية فى اول كتاب الدعوى عن قاضيخان من جامع الفتاوى ما نصه (المراة اذا لم تخاصم سنين ولم تطلب المهر المفروض فهى على حقها ـ راجع ص ٣) وفى رسالة القول الفصل المزيد المقصود فى سماع دعوى النساء بكل المهر نقلا من الفتاوى الكازرونية ص ٢٩ ، ٣٠ ما نصه (سئل عن رجل تزوج امراة وعقد عليها بمهر على حكم الحلال فقضت فى عقد نكاحه نحو خمس عشرة سنة لم انتقل الزوج وقد رزق من الزوجة ذرية وكانوا قاصرين فتوكل عليهم وكيل شرعى ومن يوم انتقال الزوج الى هذه المدة خمس عشر سنة فهل للزوجة ان تطالب اولادها بعد هذه المدة او لا .. اجاب : يصح لها المطالبة بذلك واخذه من تركته ، ثم رد صاحب الرسالة على من اعترض على الجواب بما نصه (من المعلوم المقرر الذى لم يخالف فيه احد ان اعتبار اول المدة فى مثل ذلك من وقت الموت اذ قيام الزوجية قد يمنعها من طلب ذلك لقصد عدم التنافر ودليله ما نحن فيه ان الذين افتوا بسماع دعواها فى حال حياتهما اطلقوه ولو بعد اقامتها معه بسبعين سنة) انتهى ـ ثم نقل بعد ذلك ايضا نص الحامدية الذى اسلفه ـ وليس مفهوما ما ذهب اليه بعض الباحثين من حمل نص الحامدية على عدم سقوط الحق نفسه لان الكلام فى السماع وعدمه لان الفصل منعقد لذلك . وسياق الكلام فيه كل الدلالة عليه ـ تلك هى نصوص الفقهاء صريحة النص فى أن قيام الزوجية من الأعذار الشرعية .

٣٦/٧٧٦ تلا (٣٧/٤/٢٠) م ش ٢٩٣/٧/٨

□■□

(المبدأ ٨) : الزوجية ليست عذرا من الأعذار التى تسوغ سماع الدعوى من الزوجة او وارثها مع مضى المدة الطويلة .

الزوجية ليست عذراً من الأعذار التى تخرج بها الزوجة من قاعدة المنع ولا قيامها وقصد المحافظة عليها مما يجعل الزوجة فى مركز يخالف باقى

المدعين بل هى كغيرها بلا فرق لما ذكره فى تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار فى مسائل شتى آخر الكتاب وما رواه وحققه الخير الرملى فى فتاواه .

٢٨/٨٥٨ أسيوط (٣٠/٢/٢٥) م ش ١٨/٤/٢

□■□

(المبدأ ٩) : عدم البلوغ لا يكون عذرا للزوجة يمنعها من مطالبة زوجها بدينها عليه .

عدم بلوغ سن الرشد لا يعتبر عذرا للزوجة يمنعها من مطالبة زوجها بدينها عليه متى كان لها ولى فلا يكون قاطعا للمدة المانعة من سماع الدعوى المنصوص عليه فى كتاب الدعوى من تنقيح الحامدية وتكملة ابن عابدين أن الصغر لا يكون عذرا يقطع المدة المانعة من سماع الدعوى الا عند عدم الولى .

٣١/٤٢١ س ك أسيوط (٣٢/١٠/١٣) م ش ٤١/١٦

□■□

(المبدأ ١٠) : خوف الحاضنة من مطالبة مطلقها لها بضم ابنه منها ليس من الأعذار الشرعية القاطعة للمدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى .

ذكر الفقهاء الأعذار الشرعية القاطعة للمدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى وليس منها خوف الحاضنة من مطلقها أن يضم ابنه منها اليه ان هى طالبته بحقها فى مؤخر صداقها .

٤٣/٤٥٦ أسوان (٤٤/٢/١٠) ١٧١/٦/١٦

□■□

(المبدأ ١١) : تعتبر الزوجية عذرا مانعا من المطالبة .

تعتبر الزوجية عذرا مانعا من المطالبة وما استند اليه بعضهم فى الدلالة على انها ليست بعذر من قول بعض الفقهاء أن الزوج لو باع عقارا أو غيره وزوجته حاضرة تعلم البيع ثم ادعت انه ملكها فلا تسمع دعواها ـ لا يدل على أن الزوجية ليست بعذر اذ هو محمول على قطع الحيل وعلى اعتبار أن الزوجة فى هذه الحالة تكون كأنها قد وكلت عنها زوجها فى البيع وقبض الثمن .

٤٢/٧٥٦ ديروط (٤٥/٢/١١) م ش ٢٦٢/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٢) : العذر الشرعى الذى يحول دون اعتبار من توجهت عليه اليمين ناكلا .

العذر الذى يحول دون اعتبار من توجهت عليه اليمين ناكلا عن الحلف هو كان يكون مريضا مرضا يمنعه عن الحضور او يكون الطريق غير مأمون أو كان الخصم حاكما جائرا أو تكون المرأة نفساء او حاملا على وشك الوضع وما الى ذلك من الأعذار المعتبرة شرعا .

١١٠١/٤٥ سوهاج (١٢/٦/٤٦) م ش ١٩/ك ١٨١

□■□

(المبدأ ١٣) : علاقة الزوجية من الأعذار القاطعة للمدة التى لا تسمع الدعوى بعد مضيها .

ذكر الفقهاء أن من الأعذار ان يكون المدعى عليه سلطانا او اميرا جائرا أو ظالما لأن كلا منهم متغلب ويقدر على تحقيق ما أوعد به فيتحقق فيه الاكراه وما ذهب اليه الامام الأعظم ابو حنيفة من أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان مخالفا بذلك راى صاحبيه فهو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأنه فى زمنه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الاكراه وفى زمنهما ظهر الفساد وصار الأمر الى كل متغلب يقدر على تحقيق ما أوعد به كالظالم والفتوى على قولهما وقد وردت فروع كثيرة تتفق مع رأيهما ـ جاء فى شرح الدر ص ٧٩ج ٥ من باب الاكراه الآتى (الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه وعلق عليه بحاشية رد المحتار بقوله : وظاهر قولهم سلطان زوجته انه يتحقق بمجرد الأمر بحيث خافت منه الضرر وجاء فى ص ٩٦ منه متنا وشرحا خوفها الزوج بالضرب حتى وهبت مهرها لم تصح الهبة ان قدر الزوج على الضرب ـ وجاء فى الفتاوى الكاملية ص ٢٠٠ من منع امراته المسير الى ابويها الا ان تهب مهرها فالهبة باطلة . ومثل ذلك فى الخلاصة والبزازية وكذلك ذكر فى التتارخانية نقلا عن الينابيع وسئل عمن اكرهها زوجها على رهن دارها فى دين عليه ففعلت هل لا يصح هذا الرهن فاجاب نعم وقد قالوا ان الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه كما فى البزازية والدر وغيرهما وقد أفتى حامد افندى بأن الرهن لا يصح مع الاكراه وفى ص ٢٠١ منها ، قلت ويؤخذ من هذا حادثة الفتوى وهى ما لو زوج بنته البكر من رجل فلما ارادت أن تخرج من بيته الى بيت زوجها منعها الأب الا أن تشهد عليها انها استوفت منه ما تصرف فيه من ميراث امها فاقرت بذلك ثم اذن لها فى الخروج فان الظاهر ان الحكم فيه عدم صحة الاقرار لكونها فى معنى المكرهة لما ذكر من المنع لا سيما والحياء يغلب على الأبكار ، به أفتى شيخ الاسلام ابو السعود العمارى ا.هـ. ثم قال

وانت على علم أن البيع والشراء والاجارة كالاقرار والهبة وان كل من يقدر على المنع من الأولياء غير الأب كالأب للعلة الشاملة فليس الأب قيدا ـ وكذا لفظ البكر كما هو مشاهد فى ديارنا من اخذ مهورهن كرها عليهن وجبرا حتى من ابن ابن العم وان بعد ومتى وجد منها منع ضربها وربما قتلها ـ وجاء بالفتاوى الأنقروية اول كتاب الاكراه ص ٣٣٢ الآتى : « عند الامامين يتحقق الاكراه من كل متغلب يقدر على تحقيق ما أوعد به ـ والفتوى على قولهما مجمع الفتاوى فى الاكراه ـ وبالصحيفة التالية خوفها بالضرب حتى وهبت مهرها منه لا تصح الهبة ان قدر على الضرب وان اكرهها على الخلع ففعلت يقع الطلاق ولا يجب المال ـ والاكراه كما يكون بوعيد تلف نفس أو تلف عضو أو حبس او قيد يكون بما يوجب غما ـ قال فى الفتاوى الهندية ج٥ص٣٥ . ويعتبر فى الاكراه معنى فى المكره . ومعنى فى المكره ومعنى فيما أكره به ومعنى فيما أكره عليه . فالمعتبر فى المكره تمكنه من ايقاع ما هـدد به وفى المكره ان يصير خائفا على نفسه من جهة المكره وفى ايقاع ما هدد به وفيما اكره به ان يكون متلفا نفسـا أو متلفا عضوا أو موجبا غما يعدم الرضا وفيما أكره عليه ان يكون المكره ممتنعا منه قبل الاكراه اما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع ـ وجاء فى متن التنوير وشرحه ص ٧٨ ج٥ من باب الاكراه عند الكلام على شروطه ، الثالث كون الشيء المكره به متلفا نفسا او عضوا أو موجبا غما يعدم الرضـا وهو يختلف باختلاف الأشخـاص فان الأشراف يغمون بكلام خشن والأرذال ربما لا يغمون بالضرب المبرح ـ فليس النـاس فى ذلك على قدر واحد ولا صفـة معينة ولا أمر مستقر ومرجع ذلك المـكانة والبيئـة والتقدير ليقظة القاضى ودرايته . ان الزوجية عذر ـ فالزوجة وهى تدبر أمر منزلهـا وتهيمن على مصـالحه وترعى أولادها وزوجها وتهبهم عطفهـا وحنانها وتحافظ عليهم نفسا ومالا وسعتها المحافظة اليهـا قدرتها لا تمر بخاطرها خصومة ولا يريحها عامل الشقاق وان فعلت حرمت نفسها وبيتها عطف الزوج والأب بل وفاءه واخلاصه وماله الوفير فيشيع الخلف فى الأسرة الواحدة ويجعل من هنائها عذابا ، ومن سعادتها شقاء ومن وارف وفائهـا لهبا مستعرا أو عداء مستعرا .

٣١/٤٩ ديروط (٢٨/٢/٤٩) م ش ٢٢/٢٣١٤٦

□■□

(المبدأ ١٤) : الاعذار الشرعيـة لم ترد على سبيل الحصر ـ المنـاط فيهـا .

يبين من أقوال الفقهاء بخصوص الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة المانعة من سماعها مع التمكين وعدم العذر ، وهو ما نصت عليه المادة ٣٧٥

من اللائحة الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ١٩٣١/٧٨ ، انهم وعلى ماجرى به قضاء النقض ـ لم يوردوا ، الاعذار الشرعية على سبيل الحصر ولكن على سبيل المثال وجعلوا المدار فيها ان تكون مشروعة ومانعة للمدعى من رفع الدعوى ، وتركوا الأمر فى تقدير قوتها وكونها مانعة لفطنة القاضى.

نقض ٣٨/١٢ ق (٧٢/٤/١٩) س ٢٣ ص ٧٣١

□■□

(المبدأ ١٥) : الأعذار التى ذكرها الفقهاء مسوغة لسماع الدعوى رغم مضى المدة ان تكون فى شتى صورها بحيث يتعذر معها على المدعى امكان رفع الدعوى .

الأعذار التى ذكرها الفقهاء مسوغة لسماع الدعوى رغم مضى المدة وان جاءت على سبيل المثال الا أن قوامها أن تكون فى شتى صورها بحيث يتعذر معها على المدعى رفع الدعوى .

نقض ٢٨/٣٢ ق (٦١/٣/٣٠) س ٣٠١/١٢

(المبدأ ١٦) : علة العذر الشرعى ـ من صوره المختلفة ـ المانعة من سريان المدة هى عدم التمكن من رفع الدعوى ان حقيقة او حكما .

تنص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على منع سماع الدعوى التى مضى عليها خمسة عشرة سنة مع تمكين المدعى من رفعها وعدم توافر العذر الشرعى فى عدم اقامتها مع انكار الحق فى تلك المدة والمراد فى اعتبار الشخص معذورا هو أن يكون فى وضع لا يتمكن معه من رفع الدعوى بالحق المدعى به ـ ومن الأعذار أن يكون الشخص غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس له ولى ـ ولما كانت علة العذر من صوره المختلفة المانعة من سريان المدة هى عدم التمكن من رفع الدعوى ان حقيقة أو حكما ـ فان تنصيب النائب عن الأصيل ممن ذكروا يحل محله ويلزمه أن يتولى امره وبذلك يرتفع العذر وتتحقق المكنة مما يستتبع سريان المدة المانعة من سماع الدعوى ـ واذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر المدة سارية فى حق الطاعنة من وقت اقامة أمها وصية عليها فانه لا يكون قد خالف القانون .

نقض ٢٩/٣٢ ق (٦٢/٥/٢) س ٥٥٩/١٣

□■□

اعـــــلان

(المبدأ ١) : الأصل فى الاعلان علم المعلن اليه به علما يقينيـا بتسليم الصورة لشخصه . الاكتفاء بالعلم الافتراضى او الحكمى .

مفاد المادتين ١٠ ، ١١ من قانون المرافعات ان الأصل فى اعلان أوراق المحضرين أن يصل الى علم المعلن اليه علما يقينيا بتسليم الصورة الى ذات الشخص المعلن اليه . واكتفـاء المشرع بالعلم الافتراضى متى سلمت الورقة لصاحب صفة فى تسلم الاعلان غير المراد اعلانه ، أو بالعلم الحكمى اذا سلمت للنيابة العامة حال الجهل بموطن المعلن اليه ، انما هو لحكمة تسوغ الخروج على الأصل ، شرعت لها ضمانات معينة لتحقق العلم بالاعلان ، بحيث يتعين الرجوع الى الأصل اذا انتفت الحكمة أو أهدرت الضمانات .

نقض ٤٧/٢٣ ق   س ٣٠ ص ٢٧١

□■□

(المبدأ ٢) : اغفال المحضر اثبات ان قريب المعلن اليـه ـ الذى تسلم صورة الاعلان ـ يقيم معه ، أثره بطلان الاعلان .

مؤدى نص المادة العاشرة من قانون المرافعـات يدل على أن الأصل فى اعلان أوراق المحضرين أن تسلم الأوراق المراد اعلانها للشخص نفسـه أو فى موطنه فاذا لم يجد المحضر الشخص المراد اعلانه فى موطنه جاز تسلم الأوراق الى أحد أقاربه أو أصهاره بشرط أن يكون مقيما معــه ، فاذا اغفل المحضر اثبات صفة من تسـلم الاعلان أو أغفل اثبات أنه من أقارب أو أصهار المطلوب اعلانه المقيمين معه فانه يترتب على ذلك بطلان الاعلان طبقا لنص المادة١٩ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك وكان البين من الصورة الرسمية لأصل صحيفة الاستئناف أن المحضر اثبت انتقاله الى محل اقامة المراد اعلانه ولم يجـده لاعلانه بها فاعلنه بصورتها مخاطبا مع ابن عمه دون ان يثبت أنه يقيم معه ، ومن ثم لم يمثل أمام المحكمة ولم يقدم مذكرة بدفاعه الى ان صدر الحكم ، فان هذا الحكم يكون معيبا بالبطلان لصدوره بناء على اجراءات باطلة .

نقض ٤٦/٥٦ ق   س ٣١ ص ٣٢٤ ج١

□■□

(المبدا ٣) : اعلان الأوراق القضائية فى النيابة ـ استثناء لا يصح اللجوء اليه الا بعد القيام بتحريات كافية ـ كفاية التحريات امر موضوعى .

لئن كان صحيحا ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ أن اعلان الأوراق القضائية فى النيابة العامة بدلا من اعلانها للشخص المراد اعلانه أو فى محل اقامته ، انما اجازه القانون على سبيل الاستثناء ، ولا يصح اللجوء اليه الا اذا قام المعلن اليه بالتحريات الكافيه الدقيقة التى تلزم كل باحث مجد نزيه حسن النية للتقصى عن محل اقامة المعلن اليه بحيث لا يكفى أن ترد الورقة بغير اعلان ليسلك المعلن هذا الطريق الاستثنائى ، الا أن تقدير كفاية التحريات التى تسبق الاعلان للنيابة أمر موضوعى يرجع الى ظروف كل واقعة على حدتها، وتستقل محكمة الموضوع بتقديره دون ما رقابة عليها من محكمة النقض فى ذلك ما دام قضاؤها قائما على أسباب سائغة .

نقض ٣٨/٢٩ ق (٧٣/٦/١٢) س ٨٩٥/٢٤

□■□

(المبـدأ ٤) : النعى بأن المحضر لم يثبت فى محضره الخطـوات التى اتبعها فى الاعلان ـ غير مقبول طالما ان الطـاعن لم يتمسك بذلك أمام محكمة الموضوع .

لا يقبل النعى بأن المحضر لم يثبت فى محضره الخطوات التى اتبعها فى الاعلان ، طالما ان الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه تمسك بهـذا الدفاع أمام محكمة الموضوع .

نقض ٤١/١١ ق (٧٣/١٢/١٩) س ١٣١٢/٢٤

□■□

(المبدا ٥) : اعلان ضباط الجيش والجنود النظاميين ـ كيفيته ـ مادة ٧/١٤ من قانون المرافعات السابق .

المادة ٧/١٤من قانون المرافعات السابق اذ تنص على أنه « فيما يتعلق برجال الجيش ومن فى حكمهم تسلم الورقة بواسطة النيابة الى قائد الوحدة التابع لها الخصم ، فقد افادت بذلك أن اعلان ضباط الجيش والجنود النظاميين يكون باستلام قائد الوحدة التابع لها الخصم صورة الاعلان ، ويكون تسليم هذه الصورة له بواسطة النيابة التى تعتبر فى هذه الحالة سلطة تسليم فقط مثلها مثل المحضر تماما . لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان اعلانه بالأمر لعـدم اتمامه بالطريق الذى رسمه القانون بالنسبة لرجال الجيش ومن فى حكمهم وكان الحكم المطعون فيه قد

اقتصر فى الرد على هذا الدفاع بقوله : « انه ثابت من الصورة التنفيذية لأمر الأداء انه أعلن للمستانف عن طريق النيابة باعتباره من رجال القوات المسلحة » دون ان يفصح عما اذا كان هذا الاعلان قد تم صحيحا بتسليم الصورة الى قائد الوحدة أم لا ، مما يعجز محكمة النقض عن اعما لسلطتها فى مراقبة هذا القضاء فانه يكون معيبا بالقصور ، ولا يشفع له فى هذا الخصوص تقريره ان الطاعن قد أعلن مع شخصه بتوقيع الحجز على منقولاته تنفيذا لهذا الأمر ، ذلك أن اعلان امر الأداء هو الذى جعله القانون مجريا لميعاد التظلم .

نقض ٣٥٠ ٣٨/٣٥٠ ق (٧٣/٥/٣١) س ٢٤/ ٨٥٠

□■□

(المبدأ ٦) : تمسك احد افراد القوات المسلحة ببطلان اعلانه لمخالفة نص المادة ٧/١٤ مرافعات (١) رفض المحكمة لهذا الدفع استنادا الى ان صفته لم تذكر فى اى ورقة من اوراق الدعوى وان خصمه كان يجهل هذه الصفة ــ لا خطأ .

لما كان الحكم المطعون فيه قد واجه دفاع الطاعن بشأن بطلان اعلانه بالاستئنافين بوصفه ضابطا بالقوات المسلحة ، ورد عليه بأسباب لا خطأ فيها قانونا بقوله : « اما القول بانه نقيب احتياطى بالقوات المسلحة فهى صفة لم تذكر باى ورقة من أوراق الدعوى ، فكان كل من المستانفين يجهل هذه الصفة ، وهو لم يذكر صفته فى دعواه المدنية التى رفعها .... » لما كان ذلك، فان الحكم اذ اعتبر الاعلان صحيحا لا يكون قد جاوز السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بما لا معقب عليها من محكمة النقض لتعلقه بأمر موضوعى .

نقض ٢٩ ، ٣٨/٣١ ق (٧٣/٦/٢١) س ٢٤/ ٨٩٥

□■□

---

(١) المادة ٦/١٣ مرافعات جديدة نصت على « ما يتعلق بافراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم بواسطة النيابة العامة الى الادارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة » ويبين من هذا النص ان المشرع يكتفى بتسليم صورة الاعلان من النيابة العامة الى الادارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة ؛ وذلك بدلا من تسليمها لقائد الوحدة التابع لها الخصم وقالت اللجنة التشريعية بمجلس الشعب فى تعليلها لهذا التعديل ان القوات المسلحة تضم احيانا سيدات ! كما ان قائد الوحدة قد يكون فى جهة نائية او خارج البلاد بحيث لا يتسنى الوصول أليه وايضا للتوفيق بين مشروع هذا القانون وبين ما هو منصوص عليه فى مشروع قانون الاجراءات الجنائية .»

(المبدا ٧) اعلان افراد القوات المسلحة . وجوب تسليمه بواسطة النيابة العامة للادارة القضائية للقوات المسلحة ـ مناط ذلك .

النص فى البند السادس من المادة ١٣ من قانون المرافعات على «مايتعلق بأفراد القوات المسلحة ومن فى حكمهم يسلم بواسطة النيابة العامة الى الادارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة » مناطه أن يكون المعلن اليه من افراد القوات المسلحة فعلا وقت تنفيذ الاعلان .

نقض ١٩٢/٤٩ ق ج ١٩٨٤/٢/٩)

□■□

(المبدا ٨) : عدم جواز تسليم صورة الاعلان الى الوكيل الا اذا توجه المحضر الى موطن المراد اعلانه فلم يجده . وجوب تسليم صورة اعلان المقيم بالخارج للنيابة .

مؤدى نص المادتين ١١ ، ١٢ من قانون المرافعات السابق الذى يحكم واقعة الدعوى هو وجوب توجيه الاعلان ابتداء الى الشخص فى موطنه ، وانه لا يصح تسليم الصورة الى الوكيل الا اذا توجه المحضر الى موطن المراد اعلانه وتبين له أنه غير موجود ، كما وانه لا يجوز تسليمها فى الموطن المختار الا فى الأحوال التى بينها القانون ، واوجبت الفقرتان ١٠ ، ١١ من المادة ١٤ من قانون المرافعات السابق أن تسلم صورة الاعلان لمن كان مقيما فى الخارج، سواء كان موطنه معلوما أو غير معلوم للنيابة بالشروط والأوضاع المبينة فيهما ، فاذا لم يتم الاعلان على النحو المنصوص عنه فى هذه المادة فانه يكون باطلا . واذا كان الطاعنان قد تمسكا فى دفاعهما ببطلان اعلان الحكم الابتدائى واغفل الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الذى من شأنه لو صح أن يغير وجه الراى فى الدعوى ، ثم رتب على اعلان الحكم الابتدائى للطاعنين الأول والثانى فى محل اقامة المطعون عليها الثالثة سقوط حقها فى الاستئناف وكان الموضوع غير قابل للتجزئة فان الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه .

نقض ٣٧/٥١٨ ق (٧٣/١/٢٥) س ٢٠٣/٢٤

□■□

(المبدا ٩) : اعلان الخصم فى الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى معين . شرطه .

مفاد نص المادتين ١/١٠ مرافعات ١/٢٣ من القانون المدنى هو جواز اعلان الخصم فى الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى معين متى كان هذا الموطن

المختار ثابتا بالكتابة وكان الاعلان متعلقا بهذا العمل ، ما لم يفصح المراد اعلانه كتابة عن الغاء هذا الموطن .

نقض ضعن ٤٨/١٠٧٠ ق س ٣٠ ص ٢٩٣

□■□

(المبدا ١٠) : اعلان الطعن ــ يجب ان يكون لشخص الخصم او فى موطنه . الاعلان فى الموطن المختار . شرطه .

مؤدى نص المادة ٢١٤ من قانون المرافعات ان اعلان الطعن فى الموطن المختار لا يكون الا فى احدى حالتين : : ــ ١ ــ اذا كان الموطن المختار للمطعون عليه مبينا فى ورقة اعلان الحكم . ٢ ــ اذا كان المطعون عليه هو المدعى ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلى ، وفى غير هاتين الحالتين لا يصح اعلان الطعن فى الموطن المختار ، لأن الأصل ــ على ما جرى به نص الفقره الأولى من المادة المذكورة ــ ان يكون اعلان الطعن لشخص الخصم أو فى موطنه الأصلى .

نقض ٤٥/٧٢٧ ق س ٣١ ص ٤٠٥ ج ١

□■□

(المبدا ١١) : عدم بيان المدعى موطنه الاصلى فى صحيفة افتتاح الدعوى ــ أثره . جواز اعلانه بصحيفة الاستئناف فى موطنه المختار . لا يغير من ذلك ان يكون المستانف عالما بالموطن الاصلى للمدعى ــ المستانف عليه .

اذا كانت الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ مرافعات تنص على انه « اذا كان المطعون ضده هو المدعى ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلى جاز اعلانه بالطعن فى موطنه المختار المبين فى هذه الصحيفة » فانه يصح اعلان صحيفة الطعن الى المطعون عليه اذا كان هو المدعى ، فى موطنه المختار المبين بصحيفة افتتاح الدعوى ذلك ان مناط صحة اعلان الطعن فى الموطن المختار فى هذه الحالة هو خلو صحيفة الدعوى من بيان موطن المدعى الأصلى وهو حق للطاعن لم يورد الشارع قيدا عليه ، فاذا كان المطعون ضده ــ وهو المدعى ــ لم يبين موطنه الأصلى سواء فى صحيفة افتتاح الدعوى أو فى ورقة اعلان الحكم فانه يصح اعلانه فى الموطن المختار .

نقض ٤٤/٣٧ ق س ٣١ ص ١١٤٤ ج ١

□■□

(المبدأ ١٢) : ميعاد المسافة ــ وجوب اعتباره مع ميعاد الاستئناف ميعادا واحدا يتكون منهما ميعاد الطعن .

اغفال بحث ما اذا كانت المسافة بين موطن المستانف ومقر المحكمة توجب اضافة ميعاد مسافة ــ قصور .

النص فى المادة ١٦ من قانون المرافعات على أنه « اذا كان الميعاد معينا فى القانون للحضور او لمباشرة اجراء فيه زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو متر بين الكان الذى يجب الانتقال منه والمكان الذى يجب الانتقال اليه وما يزيد من الكسور على الثلاثين كيلو متر يزاد له يوم على الميعاد ، ولا يجوز ان يجاوز ميعاد المسافة اربعة ايام . ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود » يوجب اضافة ميعاد مسافة ــ على الاساس المبين بها ــ الى الميعاد المعين فى القانون للحضور او لمباشرة اجراء فيه ، ومن ثم يجب أن يضاف الى ميعاد الاستئناف ميعاد للمسافة بين موطن المستانف ومقر محكمة الاستئناف ، واذا كان من شان اضافة ميعاد المسافة الى الميعاد الأصلى للاستئناف أن يتكون من مجموعهما ميعاد واحد هو ميعاد الطعن فى الحكم بطريق الاستئناف ، وكانت المواعيد المحددة فى القانون للطعن فى الأحكام هى من النظام العام ــ فاذا كانت محكمة الاستئناف قد قضت من تلقاء نفسها بسقوط الحق فى الاستئناف استنادا الى انه رفع بعد انقضاء أربعين يوما من تاريخ صدور الحكم المستانف ولم تعرض فى حكمها لبحث ما اذا كانت المسافة بين موطن الطاعن ومقر محكمة الاستئناف توجب اضافة ميعاد مسافة باعتباره جزءا من ميعاد الاستئناف فان اغفال بحث هذه المسالة يكون قصورا فى الحكم يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون .

نقض ٤٧/٧٣٧ ق   س ٣١ ص٥٤٨ ح١

□■□

(المبدأ ١٣) : ورقة الاعلان لا تنتج اثرها الا بالنسبة للمعلن اليه بالصفة المحددة بالورقة .

الأصل فى أوراق المحضرين انها متى تم اعلانها قانونا لا تنتج أثرها الا بالنسبة لذات الشخص الذى وجهت اليه وبالصفة الصحيحة المحددة فى

ورقة الاعلان ولا ينسحب الأثر الى غيره من الأشخاص أيا كانت علاقتهم به.
نقض ٥٤٥/٤٨ ق س ٣١ ص ١٩٩ ج١

□■□

(المبدأ ١٤) : بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الاعلان . بطلان نسبى .

من المقرر فى قضاء النقض أن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الاعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من شرع لحمايته ، وليس متعلقا بالنظام العام ، فلا يجوز لغير الخصم الذى بطل اعلانه الدفع به .
نقض ٦/٥١ ق (١٩٨٢/٢/١٦)

(المبدأ ١٥) : البطلان المترتب على عدم اعلان المستأنف عليهم . بطلان نسبى . أثره .

البطلان المترتب على مخالفة قواعد الاعلان هو بطلان نسبى مقرر لمصلحة من تغيب أو تخلف اعلانه ، فلا يجوز لغيره من الخصوم التمسك به، ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو محكوما فيه بالتضامن ، اذ لا يفيد من البطلان فى هذه الحالة الا اذا تمسك به صاحبه .
نقض ٤٣/٤٩ ق س ٣١ ص ٣٩٩ ج ١

□■□

(المبدأ ١٦) : حصول الاعلان فى الوطن الأصلى للمعلن اليه مخاطبا مع وكيله . منازعة المعلن اليه فى صحة هذه الوكالة غير جائزة . علة ذلك .

اذا كان الحكم قد استخلص من ورقة الاعلان انه تم فى الوطن الأصلى للطاعن مخاطبا مع وكيله وهو ما يكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص حتى ولو ادعى الطاعن بعدم صحة هذه الوكالة لأن المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم اليه لاستلام الاعلان ممن ورد بيانهم فى المادة العاشرة من قانون المرافعات طالما أن هذا الشخص قد خوطب فى موطنه .
نقض ١٣/٤ ق (٧٩/١٠/٢٣) س ٣٠ ص ٣

□■□

(المبدأ ١٧): تمام اعلان الأشخاص الذين لهم موطن معلوم بالخارج بمجرد تسليم صورة الاعلان للنيابة (١) .

استقر قضاء النقض على أنه بالنسبة للأشخاص الذين لهم موطن معلوم بالخارج يتم اعلانهم بصحف الدعاوى وبأوراق التكليف بالحضور بمجرد تسليم صورة الاعلان للنيابة العامة .

نقض ٣٧/٣٢٣ ق (٧٢/٥/٩) س ٢٢/٨٢٠

□■□

(١) الاصل فى الاعلان ان تصل الورقة المعلنة الى علم المعلن اليه علما يقينيا بتسليمها لشخصه ، ولكن المشرع اكتفى بالعلم الظنى بالاعلان فى الموطن او بالعلم الحكمى بتسليم الصورة للنيابة كما فى اعلان المقيم بالخارج فى موطن معلوم . وقد اكتفى على هذا الاتجاه بالنسبة لمن يقيم فى الخارج بالقول « ان الاعلان لمن يقيم فى الخارج لا يعتبر قد تم الا اذا تم بالفعل لشخصه او فى موطنه فى الخارج ، وان القانون وان كان لا يتطلب العلم اليقينى فى هذا الصدد الا انه يتطلب العلم المفترض على الاقل . فبتمام اعلان الشخص فى موطنه فى الخارج يفترض المشرع علمه بمضمون هذا الاعلان اما قبل تمام الاعلان ، فلا يمكن ان يحاسب على اساس تمامه ، وان كان من الجائز اذا نص القانون على ميعاد حتمى لاتخاذ اجراء يحصل بالاعلان من الجائز ان يعتبر طالب الاعلان قد احترم هذا الميعاد فى حكم المادة الخامسة اذا سلمت الصورة الى النيابة او من فى حكمها فى خلاله [راجع التعليق على نص المادة ١٣ من قانون المرافعات للدكتور احمد ابو الوفا طبعة سنة ١٩٧٥] .

اكــــــراه (١)

(المبدأ ١) : الاكراه نوعان : ملجىء ـ وناقص .

قسم الفقهاء الاكراه الى نوعين تام وهو الملجىء بتلف النفس أو عضو أو ضرب مبرح ـ وناقص غير الملجىء كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير ـ ثم قالوا ان كلا منهما يعدم الرضا لكن الملجىء يفسد الاختيار ـ ففى الاكراه بحبس أو ضرب لا شك فى وجود الكراهة وعدم الرضا وان تحقق الاختيار الصحيح (شرح الدر حاشية رد المحتار جزء خامس فى كتاب الاكراه) وجاء فى شرح الدر فى كتاب الاكراه أيضا ما يأتى : (أمر السلطان اكراه وان لم يتوعده) وفى البزازية : (الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الاكراه) وجاء فى حاشية رد المحتار تعليقا على ذلك ما يأتى : « قال فى البزازية وسوق اللفظ

---

(١) الاكراه لغة حمل الانسان على شىء يكرهه ـ وشرعا فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه وقد علق فى رد المحتار على قوله « وشرعا فعل » أى لا بحق لان الاكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعا كالمدين اذا اكرهه القاضى على بيع ما له نفذ بيعه والذمى اذا أسلم عبده فاجبره على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا اكرهه على البيع بغير حق وقوله « فى المحل » أى المكره بفتح الراء وقوله « مدفوعا الى الفعل » اى بحيث يفوت رضاه به وان لم يبلغ حد الجبر بحيث يفسد الاختيار (راجع الجزء الخامس من ابن عابدين ص ٨٦ ، ٨٧) وعرف صاحب المبسوط الاكراه بأسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن يعدم به الاهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ولا شك انه مخاطب فى غير ما اكره عليه وكذلك فيما اكره عليه حتى يتنوع الامر عليه ، فتارة يلزمه الاقدام على ما طلب منه وتارة يباح له ذلك ، وتارة يرخص له فى ذلك وتارة يحرم عليه ذلك فذلك اية الخطاب ولذلك لا ينعدم اصل القصد والاختيار بالاكراه كيف ينعدم ذلك وان ما طلب منه أن يختار أهون الامرين عليه ـ واضاف زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن اثر الاكراه التام فى الافعال نقل الفعل من المكره الى المكره وهذا ليس بصحيح فانه لا يتصور نقل الفعل الموجود من شخص الى غيره والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضا فان البالغ اذا اكره صبيا على القتل يجب القود من المكره وهذا الفعل فى محله غير موجب للقود فلا يصير موجبا بانتقاله الى محل اخر ـ ولكن الاصح أن تأثير الاكراه فى جعل المكره آلة للمكره فيصير الفعل منسوبا الى المكره بهذا الطريق وجعل المكره آلة لا باعتبار أن بالاكراه ينعدم الاختيار منه أصلا ولكن لانه يفسد اختياره به لتحقق الالجاء فالمرء مجبول على حب حياته وذا يحمله على الاقدام ما اكره عليه فيفسد به اختياره من هذا الوجه والفاسد فى معارضة الصحيح كالمعدوم فيصير الفعل منسوبا الى المكره لوجود الاختيار الصحيح منه (جزء ٢٤ مبسوط ص ٤٨) .

يدل على انه على الوفاق وعند الثانى ولا بنحو السيف فاكراه وعند محمد ان خلا بهـا فى موضع لا تمتنع منـه فكالسلطان أ. هـ. قلت وظاهـر قولهم « سلطان زوجته انه يتحقق بمجرد الأمر حيث خافت منه الضرر » وجاء فى موضع آخر : « خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح الهبـة ان قدر الزوج على الضرب وفى مجمع الفتاوى منع امرأته المريضة عن السير الى أبويها الا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة لأنها كالمكره » .

ليس من الضرورى أن يكون الاكراه ملجـا بتلف نفس او عضو ليبطل التصرف المترتب عليه بل يكفى التخويف بالحبس او الضرب ليثبت الاكراه(1) المبطل له وخاصة من الزوج الذى هو سلطان زوجته .

١٢٤٩/٥١ كـ مصر (٥١/٥/٢٨) م ش ٣٦٢/٢٢

---

(1) شروط الاكراه اربعة : (1) قدرة المكره على ايقاع ما هدد به سلطانا او لصـا أو نحوه (٢) خوف المـكره (بفتح الراء) ايقاع ما هدد به فى الحال بغلبة ظنـه ليصير ملجئا (٣) كون الشىء المكره به متلفا نفسا او عضوا او موجبـا غما بعـدم الرضـا (٤) كون المكره ممتنعا عمـا اكره عليه قبله اما لحقـه او لحق شخص اخر كاتلاف مال الغير أو لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ـ وهذه الشروط الاربعة لمطلق الاكراه لا للملجىء فقط (راجع الدر ورد المحتار جزء ٥ لابن عابدين ص ٨٧) .

ويقول صاحب المبسوط فى الاكراه يعتبر معنى فى المكره ، ومعنى فى المكره ـ ومعنى فيما اكره عليه ـ ومعنى فيما اكره به فالمعتبر فى المكره تمكنه من ايقاع ما هدد به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان ـ وفى المكره المعتبر أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكره فى ايقاع ما هدد به عاجلا لانه لا يصير ملجأ محمولا طبعـا الا بذلك ـ وفيما اكره عليـه أن يكون المكره ممتنعا منه قبل الاكراه اما لحقه أو لحق ادمى اخـر او لحق الشرع ـ وبحسب اختلاف هذه الاصول يختلف الحكم .

راجع المبسوط للسرخسى جزء ٢٤ ص ٣٩ وما بعدها .

اهليـــة

(المبدأ ١) : الاهليــة وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات .

الأهلية لدى فقهاء القانون الوضعى ــ هى وصف يقـوم بالشخص فيجعله قابلا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات .

٤٥/٣٨٦ س ك شبين الكوم (٤٦/١١/٢٤) م ش ٤٥/١٨

□■□

(المبدأ ٢) : اهلية الوجوب واهلية الأداء .

الأهلية هى اهليــة وجوب واهليــة اداء ــ فاهلية الوجوب هى كون الانسان محلا لأن يكون له أو عليه حق وهو بوصف كونه انسانا حائز لأهلية الوجوب سواء اكان صغيرا أم كبيرا عظيما ام حقيرا ــ واهليــة الأداء نوعان مادية وهى المتعلقة بالأموال كحق الملك وحق البيع والاجارة وما الى ذلك . ومعنوية وهى التى لا يمكن تقويمها بمــال كالحقوق السياسية والاحتراف بمهنة من المهن كالطب والهندسة والحقوق الذاتية التى هى من خصــائص الانسان .

٤٥/٣٨٦ س ك شبين الكوم (٤٦/١١/٢٤) م ش ٤٥/١٨

□■□

(المبدأ ٣) : الصبى المميز اهل للخصومة .

الصبى المميز اهل للخصــومة واهل الخصــومة اهل للدعوى واهل الدعوى اهل للحلف .

٢٩/٩٨ العياط (٣٠/١/٦) م ش ٤٣٠/١

□■□

(المبدأ ٤) : يكون القاصر اهلا للخصومة شرعا فى المطالبة بنفقته متى بلغ خمس عشرة سنة وقانونا ببلوغه ثمانى عشر سنة .

حيث أن وكيل المدعى عليه اعترف بان سن المدعى يزيد عن ثمانى عشر سنة فهو باعترافه هذا أهل للخصومة شرعا لتجاوزه درجة البلوغ الشرعى

بالسن وهو خمس عشرة سنة وهذا كاف فى قبول الدعوى أمام المحكمة على انه اهل للخصومة فى هذه الدعوى قانونا .

٣٤/٣٧٥ ملوى (٣٥/٢/٢٦) م ش ٨٤٩/٧

□■□

(المبدأ ٥) : متى يبلغ الانسان وبم يكون البلوغ .

البلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة والأنوثة فعلاماته فى الذكر الانزال باى سبب كان وفى الأنوثة بالحيض او بالحبل أو الانزال فان ظهر شىء من ذلك حكم بالبلوغ والا حكم بالسن اتفاقا ، والسن أن يبلغ الشخص خمس عشرة سنة عند الشافعى وأبى يوسف ومحمد وهى رواية عن أبى حنيفة وعليها الفتوى عند الحنفية وشاع عند الأمام أن السن للغلام تمام ثمانى عشرة سنة وللجارية تمام سبع عشرة سنة لقوله تعالى « حتى يبلغ اشده » واشد الصبى ثمانى عشر سنة قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن غير أن الاناث لنشوئهن وادراكهن أسرع فنقص فى حقهن سنة ولكن قد عرفت أن الفتوى على الأول .

٣٤/١٠٤٠ المنصورة (٣٥/٧/٢٩) م ش ٢٥٦/٨

□■□

(المبدأ ٦) : بلوغ الولد بالاحتلام والانزال والاحبال وبلوغ الجارية بالاحتلام والحيض والحبل .

المنصوص عليه شرعا (أن بلوغ الولد يكون بالاحتلام والانزال والاحبال وبلوغ الجارية بالاحتلام والحيض والحبل فاذا لم يوجد فيهما شىء من ذلك فحتى يتم لكل منهما خمس عشرة سنة على قول الصاحبين وهو رواية عن الامام وبه قال الائمة الثلاثة وهو المفتى به ــ وعند الامام حتى يتم له ١٨ سنة ولها سبع عشرة سنة ــ وعلى كلا الرايين اذا أقرا بالبلوغ فى هذه السن صح قولها واعتبر تصرفهما وكان كل منهما فى يد نفسه فتثبت له ولاية النفس عليه وعلى غيره اذا تعين لها فيضم محرم الصغير ذكرا أم انثى لحضانته ويلى أموره الشرعية المتعلقة بالنفس والحفظ اذا كان عديم الأهلية أما ما جاء بقانون الزواج من رفع سن الجارية الى ست عشرة سنة والولد الى ١٧ سنة فلا يمس الولاية على النفس بل المقصود به قدرة الاحتمال .

٥٠/٢٧ س ك دمنهور (٥٠/٩/٦١) م ش ٥٢٥/٢١

□■□

(المبدأ ٧) : بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والجارية بالاحتلام والحيض والحبل فاذا لم يوجد فيهما فمتى يتم لكل منهما خمس عشر سنة ــ به يفتى .

لبيان حد البلوغ الشرعى نقول جاء بالجزء الخامس من حاشية العلامة ابن عابدين على الدر المختار ص ٩٦ (فصل بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال) والجارية بالاحتلام والحيض والحبل فاذا لم يوجد فيهما فمتى يتم لكل منهما خمس عشرة سنة به يفتى لقصر اعمار اهل زماننا وأدنى مدته اثنتا عشرة سنة ولها تسع سنين فان راهقا فقالا بلغنا صدقا ان لم يكذبهما الظاهر الى ان قال العلامة رحمه الله ــ وفى الشرنبلالية ، يقبل قول المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل بماذا بلغ بلا يمين ا.هـ. ــ وجاء بالجزء الخامس من الفتاوى المهدية ص ١٠٤ ما نلخصه (سئل عن هذه الحادثة وهى رجل توفى عن ورثته ومنها ولد قاصر فى وصاية عمه فاستحوذ العم على استحقاقه فلما بلغ الولد فوق ثلاث عشرة سنة ادعى انه بلغ رشيداً واراد محاسبة عمه فهل له ذلك ، اذا اثبت بلوغه ورشده بالبينة الشرعية فى ذلك ــ اجاب ــ اما دعوى البلوغ من الولد المذكور بعد بلوغ سنه فوق ثلاث عشرة سنة فمقبول منه حيث لم يكذبها الظاهر ولا يمين عليه ان فسر ما به البلوغ كما فى رد المحتار نقلا عن الشرنبلالية من بلوغ الغلام اما دعوى الرشد فلا عند الانكار ما لم تقم بينة شرعية عليها والله تعالى اعلم ا.هـ.) .

٢٥/٩٩٥ شبين (٥٣/٦/١٥) م ش ١٢٣/٢٤

□■□

(المبدأ ٨) : بلوغ الانثى بظهور العلامات .

المقرر فقها فى بلوغ الأنثى ظهور العلامات عليها التى تبدو للعيان ككبر الثديين وتغيير الصوت أما ماخفى من علامات بلوغ الأنثى كالحيض فلا تصدق فى ذلك ما لم تبلغ تسعا .

٥٠٧/١٢ ك اسيوط (٥٠/١٠/٤) م ش ٧٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٩) : اذا بلغ الصغير البلوغ الشرعى صار فى يد نفسه .

اذا بلغ الصغير البلوغ الشرعى صار فى يد نفسه فله أن يستقل وله ان يختار عند من يكون خصوصا اذا اجتمع له رأى وعقل لا يخشى عليه الفتنة

٤٠٧٥٤٥ (٤١/٣/٢٤) ت س م ش ٢٣٢/١٤

□■□

(المبدأ ١٠) : الخلاف فى سن البلوغ .

اختلف الفقهـاء فى سن البلوغ للغلام بين الخامسة عشر سـنة وبين الثامنة عشر .

٢٧٠ ٤٨ق اللبان (٢٧/١٠/٤٨) ع ش ٢٠ ٢٢٩

□■□

(المبدأ ١١) : السن الذى يبلغ به الصغير ـ والصغيرة .

اذا كانت اللائحة الشرعيـة والتقنينات الخاصة قد خلت من تحـديد السن الذى يبلغ به الصغير وتنتهى فيـه الولاية عليـه فيما يتعلق بشئون نفسه فانه يتعين الرجوع فى هذا الخصوص الى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفـة لما كان ذلك وكان المقرر فى فقـه الشريعة الاسـلامية أن الولد يبلغ بالعلامات وهى تختلف بحسب الذكورة والأنوثة . وبالنسـبة للذكر يعرف بلوغه بالاحتلام مع الانزال ، أو الانزال بأى سبب ، أو الاحبـال وبالنسبة للانثى يعرف بلوغهـا بالحيض أو الحبل أو الاحتلام مع الانزال . فاذا ظهر شىء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما ، وان لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما الا بالسن . وقد اختلف الفقهاء فى مقدار ذلك السن فذهب الامام أبو حنيفة الى أنه ثمانى عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للانثى ، وقدره الصاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكل منهما ، وهو الراجح فى المذهب وانه متى ثبت بلوغ الولد ذكرا كان أو انثى عاقلا ، زالت عنـه الولاية على النفس ، فيخاصم ويخاصم بشخصه فيما يتعلق بشئون نفسه ، ويكون للذكر الخيار فى الاقامة عند أحد أبويه أو ينفرد عنهما ، وللأنثى ذلك متى كانت ثيبا ، أما ان كان بكرا فانها تلزم بالمقام عند الأب أو الجد أو العصبات ، وذلك متى كانت شابة ، أما اذا كانت مسنة وتعرف بالعفة فانها لا تجبر على الاقامة عندهم .

نقض ٤ /٥١ق (١٦/٢/١٩٨٢) لم ينشر

□■□

(المبدأ ١٢) : اذا بلغ الغلام اثنتى عشرة سنة التى هى أدنى مدة البلوغ صدق فى دعواه البلوغ بلا يمين اذا لم يكذبه الظاهر بان يكون بحـالة يحتلم مثله فيها ومتى فسر البلوغ يقبل تفسيره من غير يمين .

النص الفقهى يقضى بأن أدنى مدة البلوغ بالنسبة للغلام اثنتـا عشرة سنة ، وانه متى بلغ هذه السن وقال انه بلغ صدق فى دعواه البلوغ بلا يمين اذا لم يكذبه الظاهر بأن يكون بحالة يحتلم مثله فيها ومتى بين كيفية المراهقة

وفسر البلوغ يقبل تفسيره كما نص على ذلك فى الجزء الخامس من الدر المختار ورد المحتار ص ١٠٠ .

٢٩/٣٤ العياط (٢٤/١٢/٢٩) ت س م ش ١/ ٨١٢

□■□

(المبدأ ١٣) : اذا ولد المولود فى وسط الشهر القمرى احتسبت السنة من سنى حضانته عددية اى باعتبار السنة ثلاثمائة وستين يوما .

وحيث أن المنصوص عليه شرعا ــ عند احتساب السن لاثبات البلوغ بمضى خمس عشرة سنة اذا حصلت الولادة فى وسط الشهر القمرى لا فى غرته تعتبر السنة عددية اى ثلاثمائة وستين يوما ــ وكذا الحكم فى الاجارة سنة اذا حصل العقد وسط الشهر القمرى لا فى غرته وكذا فى تأجيل الغين سنة اذا حصل التأجيل وسط الشهر القمرى لا فى غرته فان السنة تحتسب فى ذلك كله عددية بالأيام أى ثلاثمائة وستين يوما .

راجع حاشية ابن عابدين على الدر ص ٦١٩ الجزء الثانى ٦١١ فى باب الغين وهذا هو مذهب الامام أبى حنيفة .

٣٠/٦٧٦ س ك مصر (٦/٥/٣١) م ش ٢/ ٨٥١

□■□

(المبدأ ١٤) : اذا بلغت الصغيرة ولم تختر نفسها بالبلوغ لا يسقط حقها فى طلب التطليق للضرر .

لئن سلم بأن المدعية فوتت على نفسها حقها فى اختيارها نفسها بالبلوغ لجهلها مثلا فلا أكثر من أن يقضى عليها بحرمانها من ذلك الحق الذى كان لها ، ولكن أما والشرع فتح لها ولأمثالها المتضررات باب الخروج من مازق الضرر الذى لا يتفق والزوجية فأجاز لهن طلب التطليق لذلك واعطى للقاضى سلطة التطليق اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فليس من الانصاف فى شىء سد ذلك الباب فى وجوههن .

٣٠/٨١٧ جرجا (١٣/٧/٣١) م ش ٥/ ٣٥٦

□■□

(المبدأ ١٥) : التمييز نوعان .

التمييز نوعان : الأول تمييز يدرك الصغير فيه الأشياء ويفهم اسبابها وعللها وهذا فى سن السابعة فما فوقها ــ والثانى تمييز تنطبع فى ذاكرة

الصغير فيه المرئيات وهذا فى سن الرابعة فما فوقها - ومدارس رياض الأطفال منوهة بالتلاميذ والتلميذات فى هذا السن فهم يتعلمون ويدركون وتنطبع فى ذاكرتهم صور ما يحيط بهم من المرئيات وان لم يدركوا الأسباب والعلل ، والصغير يحاكى والديه وتنطبع فى ذاكرته حركاتهما وسكناتهما وخصوصا الأم لملازمته لها فينسج على منوال ابويه ويشب على طبعهما ويسير وراءهما حتى تتمركز عنده جل اعمالهما واقوالهما ومصداق ذلك قوله عليه السلام « كل مولود يولد على الفطرة وابواه هما اللذان يهودانه او ينصرانه » .

١٤٩/٤٩ س ك مصر (٢٧/٦/٤٩) م ش ٢١/٨٠

□■□

(المبدأ ١٦) : من بلغ رشيدا فى المال امر باداء النفقة ولو من تاريخ سابق على رشده .

ان نفقة الزوجة والمطلقة على الزوج والمطلق ووجوب ادائها من يوم ثبوت الامتناع ولو كان قبل بلوغه رشيدا فى المال فيؤمر بها والحال هذه من يوم يثبت فيه الترك كسائر العقلاء الراشدين .

١٦١/٣٩ ابنوب (١٥/١/٤٠) م ش ١٢/١/١٠٣

□■□

(المبدأ ١٧) : ما معنى الرشد .

الرشد معناه حسن التصرف والرشيد هو المصلح لماله حتى لا يقع منه اسراف ولا يكون بحيث يقدر الغير على خديعته ويقابل الرشد السفه وهو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل .

١٥٤٠/٣٤ المنصورة (٢٩/٧/٣٥) م ش ٨/٢٠٦

□■□

(المبدأ ١٨) : هل بمجرد البلوغ يصبح الشخص رشيدا ، او لا بد من بلوغ سن مخصوصة ، ويعتبر سفيها بين البلوغ وبلوغ السن المخصوصة ؟.

اذا بلغ الصبى بعلامة من علامات البلوغ أو ببلوغه خمس عشرة سنة على المفتى به فهل يعتبر رشيدا بمجرد ذلك فان يكن عليه وصى فلا يثبت الرشد بمجرد البلوغ بل لا بد من اثباته بحجة شرعية ، قال بعضهم ولا بأس للولى أن يدفع اليه شيئا من ماله ويأذن له بالتجارة للاختبار فان أنس منه

رشدا دفع اليه الباقي . واذا لم يكن عليه وصي وبلغ فان بلغ غير رشيد فلا يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين ما لم يؤنس رشده قبلها وبعد هذه المدة يسلم اليه حتى ولو لم يكن رشيدا لأنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير فيها جدا ولئن منع المال عنه للتادب فاذا بلغ هذه السن فقد انقطع رجاء التادب ، وقال الصاحبان : لا يدفع اليه حتى يؤنس رشده ولو صار شيخا وبه قالت الأئمة الثلاثة ـ اما اذا بلغ الصبى رشيداً ولم يدع عليه سفه ولا غفلة و لاشيء مما يقتضيه الحجر عليه عند الصاحبين ولم يكن محجورا عليه من قبل فلم يقل احد بمنعه من التصرفات بل شأنه شأن الحر المطلق البالغ العاقل .

١٥٤٠/٣٤ المنصورة (٣٥/٧/٢٩) م ش ٢٠٦/٨

□■□

(المبدأ ١٩) : يترك الغلام البالغ حرا فيمن يختار الاقامة معه .

حيث انه ادعى البلوغ بالعلامات وثبت أن سنه زاد عن اثنتى عشرة سنة والظاهر لا يكذبه لأنه نامى الجسم ووافر الحيوية ، وحيث أن حكمة المشارع طابقت فلسفة العصر الحاضر فى تلك الحالة بأن يترك الغلام حرا فى الانفراد وفيمن يختار الاقامة معه .

٢٢٥/٢٣ المنزلة (٣٤/٤/٢٩) م ش ٩٥٠/٥

□■□

(المبدأ ٢٠) : المراهقة التى لم تبلغ سن الخامسة عشرة وتدعى البلوغ ويؤيدها فيه الظاهر تصدق فيه ويكون زواجها فى هذه الحالة بكفء وبمهر المثل صحيحا لازما نافذا يترتب عليه احكامه وليس لوليها حق الاعتراض عليه وان خالف القانون .

المنصوص عليه شرعا أن المراهقة التى لم تبلغ سن الخامسة عشرة اذا ادعت البلوغ وكان الظاهر يؤيدها فيه بأن تكون ضخمة الجسم قوية البنية فانها تصدق فيه ويكون زواجها فى هذه الحالة بكفء وبمهر المثل صحيحا لازما نافذا يترتب عليه احكامه وليس لوليها حق الاعتراض عليها ـ ومخالفة النهى المنصوص عليه بالمادتين ٥/٩٩ ، ٣٦٧ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ لا توجب بطلان الزواج ولا فساده ولا عدم لزومه ولا رفضه لأن النهى فيهما وضع لنظام عام خشية ضعف الأجسام والنسل ومحافظة على مال القاصرات فيما لو قدم الزوجان على الزواج قبل السن المحددة أو بدون اذن من المجلس الحسبى وليس بلوغ الزوجين السن المحددة ولا اذن المجلس الحسبى عند

الزواج ركنا ولا شرطا شرعيا من شروط صحة الزواج أو نفـاذه أو لزومه حتى يكون الزواج المخـالف لهما باطلا او فاسـدا أو موقوفا أو غـير لازم فلا يترتب عليه آثاره ــ وحينئذ يكون زواج الخصم الثالث بالمدعى عليهـا ثابتا وصحيحا .

٢٩/٦٥٦ جرجا (٣١/١/٢٨) ت س   م ش ٥/٨٨٩

□■□

(المبدأ ٢١) : القاصر المأذون ــ اعتباره كامل الأهلية فيما اذن فيه .

النص فى المادة ٦٢ من القانون رقم ١٩٥٢/١١٩ على أن « للقـاصر ان يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون » وفى المادة ٦٤ من ذات القانون على أن « يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه او المحكمة او نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى » وفى الفقرة الثانية من المادة ١١١ من القانون المدنى على أن « أما الصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر » يدل على أن القاصر المأذون يعتبر كامل الأهلية فيما اذن فيه ، واما التصرفات التى لم يؤذن فيها فانهـا تكون قابلة للابطال لمصلحته متى كانت دائرة بين الفع والضرر .

نقض ٤٣/٢٦٠ ق   س ٣١ ص ٦٩٦ ج١

□■□

(المبدأ ٢٢) : الصبى اذا بلغ معتوها ضم الى ابيه .

المذهب أن الصبى اذا بلغ معتوها ضم الى أبيه كما ذكره صاحب البحر وتبعه فى النهر واوجب العمل به الرافعى فى تقريره على حاشية ابن عابدين.

٣٢/٧١٢ الاسماعيلية (٣٤/١/١٣)   م ش ٦/٧٦٨

□■□

(المبدأ ٢٣) : متى بلغ الصبى زالت ولاية الأم فى المطالبة ، بنفقته، وتمنع لذلك من المطالبة بالمقرر له .

بما أن الطرفين تصادقا على بلوغ الولد ــ وان هذا كاف فى منع المدعى عليها من المطالبة بالمقرر لزوال يدها التى يعتمد عليها فى المطالبة بالنفقة .

٣٢/٧٦٢ الاسماعيلية (٣٤/١/٢٣)   م ش ٦/٧٦٨

□■□

(المبدا ٢٤) : مباشرة الوصى التصرفات التى من شانها انشاء حق عينى عقارى او نقله او تغييره او زواله وجميع التصرفات المقررة لهذا الحقوق . بطلان نسبى .

لا يجوز للوصى طبقا للمادة ١١/٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩/١٩٥٢: مباشرة التصرفات التى من شانها انشاء حق من الحقوق العينيه العقاريه الأصلية او التبعية او نقله أو تغييره او زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقرره لحق من الحقوق المذكورة الا باذن من المحكمة ويترتب على مخالفة هذا الحظر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - بطلان التصرفات المذكورة بطلانا نسبيا مقررا لمصلحة القاصر فيمتنع الاحتجاج بها عليه او نفاذها فى حقه ولو تجردت من اى ضرر او غبن بالقاصر .

نقض ١٥٠٠/٥٠ ق ج ٢٩/٣/١٩٨٤

□■□

(المبدا ٢٥) : الصغير الذى يعقل لا يحجر عليه فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل .

نص الفقهاء على أن الصغير الذى يعقل لا يحجر عليه فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل وقرروا أن له التزوج بمهر المثل والطلاق والحج والعبادات والاقرار بالعقوبات والانفاق وقال ابن عابدين اى على نفسه وولده وزوجه ومن تجب عليه نفقته من ذوى أرحامه ص ٩٦ من الجزء الخامس من ابن عابدين (باب الحجر) .

١٧٢٥/٤٠ السيدة (١٢/١٠/٤١) ع ش ١٣/٤/٦٦

□■□

(المبدا ٢٦) : اجازة التعاقد لا يملكها الا ناقص الأهلية .

اجازة التعاقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا تتضمن اسقاطا لحق ، لا يملكها ناقص الأهلية .

نقض ٤٢٩/٤٩ ق س ٣١ ص ٨٠٧ ج ١

□■□

(المبدا ٢٧) : حق المتعاقد القاصر فى ابطال التصرف الدائر بين النفع والضرر ولو تجرد من اى غبن .

ثبوت القصر عند المتعاقد كاف لقبول دعوى الابطال ولو تجرد التصرف

الدائر بين النفع والضرر من اى غبن مهما كان مقدار افادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر او أخفى حالته عنـه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد . وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها .

نقض ٤٢٩/٤٩ ق س ٣١ ص ٨٠٦ ج ١

□■□

(المبدا ٢٨) : ادعاء الخصم بقيام عارض من عوارض الأهلية، استقلال محكمة الموضوع بتقدير دليله دون معقب عليها ، متى كان استخلاصها سائغا.

المقرر فى قضاء النقض أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحـد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمـة الموضوع فى تقـدير الدليل عليه ، ولا شأن للطبيب فى اعطـاء الوصف القانونى للحـالة المرضية التى يشاهدها ، وان الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب ، ولا معقب من محكمـة النقض عليها فى ذلك متى كان إستخلاصهـا سـائغا .

نقض ١٢٩٠/٤٨ ق س ٣٠ ص ٦٢٢

□■□

(المبدا ٢٩) : الموصى عليه اذا تجاوز حد البلوغ عاقلا يكون صـاحب حق فى مخاصمة الوصى فى نفقته ولا ولاية لأبيه عليه فى ذلك .

الموصى عليه متى تجاوز حد البلوغ عاقلا يكون هو وحده صاحب الحق فى مخاصمة الوصى فى نفقته ولا ولاية لأبيه عليه فى ذلك ولا يحد من ولايتـه على نفسـه الا الحجر عليـه لعارض من عوارض الأهلية وهو وحده صـاحب الولاية فى الانفاق على نفسـه .

١٧٢٥/٤٠ السيدة (١٢/١٠/٤١) م ش ١٣/٤/٦٦

□■□

(المبدا ٣٠) : الشيخوخة ليست من عوارض الاهليه .

ان المنصوص عليه شرعا فى التحرير صحيفة١٧٢ جزء ثان أن الشيخوخة ليست من الأمراض المغيرة للأحكام ولا من العوارض التى تزيل الاهلية .

٢٦/٣٥ العليا الشرعية (٥/٦/٢٧) م ش ٣٨٦/١

□■□

(المبدأ ٣١) : اهلية المعتوه للتصرفات تزول من وقت اصابته بالعتـه ولو لم يحجر عليه .

اهليه المعتوه للتصرفات تزول من وقت اصابته بالعته ولو لم يحجر عليه ممن له حق الحجر عليه الا بعد اصابته بزمن طويل . وللقاضي الذى تعرض عليه تلك التصرفات ان يقضي فيها بما يقتضيه حاله وقت تصرفه سواء اكانت بعد الحجر او قبله .

٢٣٥/٤ ك مصر (٤١/٣/١٢) م ش ١٦/٩/١٩٨

□■□

(المبدأ ٣٢) : اهلية المقر والمقر له .

الأهلية التى تشترط لصحة الأقارير هى أهلية المقر للتصرف فيما اقر به . اما المقر له فلا يشترط فيه اهلية ، بل يجوز الاقرار للصغير غير المميز والمجنون .

نقض ١٠٧/٤ ق (٣٥/٥/٢٣)

□■□

(المبدأ ٣٣) : المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية اهليته تامة فى نظر فقهاء الشريعة الاسلامية .

نص فقهاء الشريعة الاسلامية على الأسباب التى تقتضى عدم الأهلية فى الانسان وحرمانه من ولايته على نفسه او ماله او منهما معـا والموجبة للحجر عليه اذا ما تحقق فيه اى سبب منها ــ وقد ذكرت هذه الأسباب فى كتب الفقه على سبيل الحصر وليس منها الحكم فى جناية بعقوبة مقيـدة للحرية ــ فلم يجعل الفقهاء هذه العقوبة سببا من اسباب الحجر ــ فالمحكوم عليه فى جناية بعقوبة مقيدة للحرية أهليته تامة فى نظر فقهاء الشريعـة الاسلامية وان حال السجن بينه وبين مباشرة اى شأن من شـئونه فله ان يتزوج وله ان يطلق وله أن يتصرف فى أملاكه بعوض او بغير عوض .

٣٨٦/٥٤ س ك شبين الكوم (٤٦/١١/٢٤) م ش ١٨/٤٥

□■□

(المبدأ ٣٤) : حرمان المحكوم عليـه بعقوبة جنـاية من ادارة امواله ــ اثره . عدم اهليته للتقاضى .

هذا الحجر القانونى موقوت بمدة تنفيذ العقوبة .

ايداع المحكوم عليه احدى المصحات العقلية لا يعد تنفيذا للعقوبة .

اذا كانت عقوبة الحرمان التبعيـة المنصوص عليها فى البند رابعـا من

المادة ٢٥ من قانون العقوبات ـ ايا كان الباعث على تقريرها ـ تستتبع هدم اهلية المحكوم عليه التقاضى امام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ويمثله امامها القيم الذى تعينه المحكمة المدنية، ولئن كان البطلان الذى يلحق اى عمل من اعمال الادارة أو التصرف الذى يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون هو بطلان جوهرى بحيث يترتب عليه الغاء الاجراء ذاته ، الا ان هذا الحجر القانونى باعتباره عقوبة تبعية ملازمة للعقوبة الأصلية موقوت بمدة الاعتقال تنفيذا للعقوبة المقضى بها على المحكوم عليه ، فلا محل له قبل البدء فى تنفيذها من ناحية ، كما تنقضى بانقضاء العقوبة الأصلية سواء كان الانقضاء بسبب حصول التنفيذ أو بالافراج الشرطى منها أو بالعفو عنها أو بسقوطها بالتقادم من ناحية اخرى فاذا اعترى المحكوم عليه مرض استدعى حجزه احدى المصحات العقلية فان وجوده بها لا يعد تنفيذا للعقوبة بما يدعو الى حرمانه بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات وانما يوقع عليه الحجر القضائى لعارض من عوارض الأهلية من جهة الأحوال الشخصية المختصة لا من المحكمة المدنية اذا ما توافرت شرائطه اعتبارا بأن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص الأهلية فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز ، وانما يوقع الحجر لاستكمال العقوبة من جهة وللضرورة من جهة اخرى .

نقض ١٢٩٠/٤٨ ق س ٣٠ ص ٦٢١

□■□

(المبدأ ٣٥) : المحكوم عليه بعقوبة جناية ـ حرمانه من ادارة امواله سريان ذلك على الأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية .

مؤدى نص المواد ٨ ، ٢٤ ، ٤/٤٥ عقوبات وعلى ما جرى به قضاء النقض ، أنه لا يمكن القول على وجه التعميم بأن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما ترتيب الأحكام الواردة فى الكتاب الأول من قانون العقوبات ومنها الحرمان المنصوص عليه فى المادة ٤/٢٥ من هذا القانون ، وأن القاعدة فى ذلك وفقا للمادة الثانية منه هى مراعاة أحكام هذا الباب بالنسبة للجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات والجرائم الواردة فى القوانين الاخرى ما لم يرد فى تلك القوانين نصوص باستثناء تطبيق احكام الكتاب المذكور ، وهذا الاستثناء قد يكون كليا اى مانعا من تطبيق جميع الأحكام ، أو جزئيا اى مانعا من تطبيق بعضها مع سريان باقيها . ولما كان الحكم الصادر من المحكمة العسكرية العليا بتوقيع عقوبة السجن على الطاعن جاء بالتطبيق لأحكام قانون الأحكام العسكرية رقم ١٩٦٦/٢٥ الذى يخضع طائفة من الأفراد المدنيين متى ارتكبوا جرائم معينة منها الجرائم المنصوص عليها فى قوانين الخدمة العسكرية والوطنية الواردة بالقانون رقم ١٩٥٥/٥٠٥ والقوانين المعدلة له ، وكان الحكم الصادر بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة او السجن من

المحاكم العسكرية آنف الذكر يستتبع وبطريق اللزوم وبقوة القانون حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا المبينة بالمادة ٢٥ من قانون العقوبات ، لا يغير من ذلك أن المادة ١٢٣ من قانون الأحكام العسكرية عددت العقوبات التبعيـة التى تستتبع كل حكم منهـا يقضى بعقوبة الجنـاية وقصرتها على عقوبتين تبعيتين فقط هما الطرد او الرفت من الخدمة فى القوات العسكرية والحرمان من التحلى باى رتبة أو نيشان وهما عقوبتان تندرجان ضمن العقوبات التبعية الواردة بالبندين (أولا) و (ثانيا) من المادة ٢٥ من قانون العقوبات ولم تذكر حرمان المحكوم عليه من ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه المشـار اليها بالبند (رابعا) منهـا لأن المادة ١٢٩ من قانون الأحكام العسـكرية تضمنت النص على مبـدأ يتفق والسياسة العـامة للتحريم بالنسبة لتحقيق أهداف العقوبة ، فنصت على وجوب تطبيق القانون الأشد اذا كان هناك قانون آخر يقضى بتجريم أحد الأفعال المعاقب عليها بالقانون العسكرى واستهدف المشرع من ذلك ـ وعلى ما جاء بالمـذكرة الايضاحية ـ التقـاء التشريعات العسكرية بالتشريعات العامة فى الدولة ، مما مفاده وجوب تطبيق العقوبة التبعية المشار اليها بالبند (رابعا) من المادة ٢٥ عقوبات باعتبارها تتضمن تشديدا للعقوبة ورد بقانون العقوبات .

نقض ١٢٩٠/٤٨ ق   س ٣٠ ص ٦٢٠

□■□

ايـــــــاس (١)

(١) الاياس ـ القنوط وعدم الرجاء ؛ ومثله اليأس .
عرف الفقهاء الاياس بانه « ان تبلغ المرأة من السن ما لا تحيض فيه مثلها » .

يروى عن ابى حنيفة ان سن الاياس يتحقق بان تبلغ من السن ما لا تحيض فيه مثلها فان بلغته وانقطع دمها حكم باياسها . والمماثلة تتحقق بالمشابهة فى تركيب البدن والسن والهزال .

ويقول الحنفية انه اذا انقطع دمها قبل ان تبلغ هذه السن كالمرضع فى مدة الرضاع فليست بآيس . وكذلك اذا بلغت ذلك السن والدم يأتيها اذا كانت تراه على العادة .
وقيل عند الحنفية أن سن الاياس خمسين سنة وقيل خمس وخمسين سنة .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن عدة الآيس اذا كانت مطلقة وهى حرة بعد الدخول بها ثلاثة اشهر هلالية لقوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر » (سورة الطلاق) ، واذا كانت متوفى عنها زوجها فعدتها اربعة اشهر وعشرة ايام كغيرها . الأمة عدتها نصف عدة الحرة عند الجمهور .

يقول الأحناف اذا كانت المرأة آيسة فاعتدت بالشهور فرأت دم الحيض اثناء الأشهر او بعدها انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض . وقيل انها لا تنتقض سواء راته اثناء الأشه او بعدها . وقيل اذا راته قبل تمام الأشهر تنتقض اذا لم يقض القاضى باياسها . والذى صححه الكمال بن الهمام انها تنتقض بالنسبة للمستقبل فلا تعتد الا بالحيض لا بالنسبة للماضى فلا يفسد النكاح اذا كانت تزوجت بعد الأشهر الثلاثة .

المعتدة بالاقراء لو حاضت حيضة او حيضتين ثم ايست تستأنف العدة بالأشهر فى جميع المذاهب .
موسوعة الفقه الاسلامى ـ جزء اول ص ١٠٧ .

□■□

(المبدأ ١) : اياس المرأة فى حده ــ بلوغها سن ٥٥ ــ شرطه .

المفتى به فى مذهب ابى حنيفة ان حد اياس المرأة خمس وخمسون سنة ــ وقيل الفتوى على خمسين ــ وشرطه ان ينقطع الدم عنها لمدة طويلة. وهى ستة اشهر على الأصح ، سواء كان الانقطاع قبل مدة الاياس أو بعد مدته ، فان هى بلغت الحد واستوفت الشرط حكم باياسها واعتدت بثلاثة اشهر ، فان عاودها الدم على جارى عادتها قبل تمام هذه المدة انتقضت عدة الأشهر واستأنفت العدة بالأقراء . وان القول فى انقضاء عدة المرأة هو قولها بانقضائها فى مدة يحتمل الانقضاء فى مثلها ، وهو ما اختارته لجنة وضع قانون الأحوال الشخصية حيث نصت فى البند الثالث من الفقرة جـ من المادة ١٦٥ من مشروع القانون على ان « من بلغت الخمسين فانها تعتد بثلاثة اشهر ان كان الحيض قد انقطع عنها ستة اشهر قبل الخمسين أو بعدها » .

نقض ٣٠/٣٦ ق (٦/١/٧١) س ٢٢ ص ٢٨

□■□

(المبدأ ٢) : اختلف فقهاء الحنفية فى سن الاياس ، وهو عند الجمهور خمس وخمسون سنة ، وعليه الفتوى .

اختلف فقهاء الحنفية فى سن الاياس ، وهو عند الجمهور خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى . قيل الفتوى على خمسين ــ وظاهر الرواية لا تقدير فيه بل ان تبلغ من السن ما لا تحيض مثلها فيه ، وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال . ونبهوا هل يؤخذ بقولها انها بلغت سن اليأس . كما يقبل قولها بالبلوغ بعد الصغر ، أم لا بد من بينة وينبغى الأول على رواية التقدير . اما رواية عدمه فالمعتبر اجتهاد الرأى ، ومن ثم فان النعى على الحكم المطعون فيه انه اغفل شروط العدة اذ هى مما تنفرد به الزوجة ولا يعرفه احد سواها ومما لا يقع تحت حس الزوج أو شهوده ، وهو لا يستطيع ان يطلب يمين الزوجة المتوفاة ــ او يمين المطعون عليها (الوارثة لها) لأن انقطاع الدم او عدم انقطاعه لم يكن قائما بها .

نقض ٣٩/٢٩ ق (٢٢/٥/٦٢) س ١٣/٦٦٣

□■□

« ب »

بطلان

بلوغ

بنوة

بيت المال

بطـــلان (١)

(١) الابطال فى اللغــة النقص والالغاء والافساد والازالة . يقــال ابطل الشىء جعله باطلا . ويقال ابطل اذا جاء بالباطل وهو ضد الحق أو الهزل . واثر الابطال البطلان وهو الضياع .

ويستعمل الفقهاء الابطــال بمعنى الالغــاء والافساد والنقص ، ومحله عندهم الأفعــال الشرعية كالصــلاة والصوم والحج والأقوال ، وتتنــاول التصرفات الشرعية والأحكام والأدلة . يقولون ابطل عقده او قواه اى نقضه وافسده او عدل عن المضى فيه ، وابطل صلاته او صيامه او حجه اذا افسده بما يجعله فى نظر الشارع فاســدا غير مجزىء فكان ما صدر عنــه من ذلك مسلوب الأثر الشرعى الذى رتبه الشــارع على وجوده صحيحا على وفق ما طلب . وابطل دليله اذا نقضه فجعله غير منتج للنتيجة التى اريدت منه ـ هذا هو معنى البطلان فى الأدلة .

اما معنى البطلان فى الأفعال والتصرفات الشرعية فهو صيرورتهــا على خلاف ما طلب الشارع فيها سواء اكان ذلك الطلب متعلقا بأركانها وعناصرها الأســاسية التى يتوقف وجود حقيقتهــا الشرعية على تحققها أم متعلقــا بأوصافها العارضة لها التى راى الشــارع وجوب وجودها عليــه . ومن ثم وصف بالبطلان كل فعل او قول او عقد وجد على خلاف ما طلب الشــارع والى هذا ذهب الشافعية والحنابلة والمالكية والزيدية .

وذهب الحنفية الى ان البطلان مخالفــة القول او التصرف لمــا بينه الشارع فى حقيقته واركانه ، فاذا وجد مخالفا لهــذا البيان كان باطلا وغير مشروع بأصله ، اما مخالفته لما طلبه فيه من اوصاف عارضة يجب ان يوجد عليها فلا تسمى عندهم بطلانا ، وانما تسمى عندهم فســادا ووجوده على هذه الأوصاف التى كره الشارع وجوده عليها تجعله فاسدا لا باطلا ، ويكون غير مشروع بوصفه .

وجملة القول فى ذلك ان الشارع اذا نهى عن تصرف من التصرفات فقــد يكون مرجع هذا النهى الى خلل فى اركانه او فى محله او لعدم تحقق معناه . وقد يكون مرجعه الى وصف ملازم للتصرف عارض له ، وقد يكون مرجعه

الى امر مجاور له غير ملازم وليس شرطا فيه وانما عرض له بسبب المجاورة فهذه احوال ثلاثة . ففى الحال الأولى يكون اثر المخالفة فيها البطلان اتفاقا كما فى بيع الميتة وعقد المجنون . وفى الحالة الثانية يكون الأثر فيها الفساد عند الحنفية والبطلان ايضا عند غيرهم ، كما فى بيع أجل الثمن فيه الى الميسرة او بيع دابة من قطيع . ومن هذا يبين ان الحنفية قد فرقوا بين البطلان والفساد . وخالفهم فى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة فلم يفرقوا بين هذين الحالين فى التسمية وفى الأثر ، وكانت المخالفة فيهما عندهم بطلانا أو فسادا وكان اللفظان عندهم مترادفين . اما المخالفة فى الحالة الثالثة فلا توجب بطلانا ولا فسادا ، ولا تسمى بذلك عند الحنفية والمالكية والشافعية وانما توجب الكراهية فقط — وهذه رواية عند احمد ، وفى رواية أخرى عنه أنها توجب الفساد والبطلان ، ذلك فيما يتعلق بالتصرفات الشرعية على العموم سواء أكانت عقودا أم التزاما بارادة منفردة ما عدا النكاح اذ يرى فيه جمهور الفقهاء ان لا فرق بين باطله وفاسده فى الحكم ، اما فى الأفعال الشرعية كالصلاة والصوم عدا الحج فان الاتيان بفعل منها على وضع مخالف لما أمر الشارع يجعلها غير مجزئة فلا تبرأ بها الذمة ولا يتحقق بها الامتثال المطلوب او الطاعة الواجبة سواء كان مرجع النهى فيما نهى عنه منها هو فقدان ركن من اركانها او شرط من شروطها او وجودها على صفة كرهها الشارع فيها . اما الحج فقد فرقوا بين فاسده وباطله اذ اوجبوا المضى فى فاسده واوجبوا على الحاج مع ذلك الذبح والاعادة مرة أخرى ، وانما اوجبوا الاعادة لتمكن الخلل فى الحج الذى اتى به لا لعدمه .

راجع مجموعة الفقه الاسلامى — جزء اول ص ١٩٢ .

□■□

(المبدأ ١) : اذا خالف الحكم نصا فى القرآن او السـنة او الاجماع فانه يبطل .

الحكم المتعلق بمسالة من مسائل الأحوال الشخصية باعتباره دليلا ، يخضع من ناحية صحته وقوته واثره القانونى ــ وعلى ما جرى به قضـاء النقض ــ لأحكام الشريعة الاسلامية ، ومقتضاها انه اذا خالف الحكم نصا فى القرآن او السـنة أو خالف الاجمـاع فانه يبطل ، واذا عرض على من اصـدره ابطله ، واذا عرض على غيره اهدره ولم يعمله ، لأنه لا يحوز قوة الأمر المقضى الا اذا اتصل به قضاء فى محل مجتهد فيه .

نقض ٤٠/٢٥٨ ق (٧٥/٥/٢٣) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٢) : البطلان المترتب على عدم تدخل النيابة العامة فى الدعاوى المتعلقة بالوقف بطلان متعلق بالنظام العام ــ تقضى به محكمة النقض .

اذا كان البطلان المترتب على عـدم تدخل النيـابة العامة فى الدعاوى المتعلقة بالوقف بطلانا متعلقا بالنظام العام فان لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها على الرغم من عدم تمسك الطاعن به بل ومن معارضته فى الأخذ به ، وذلك عملا بحق المحكمة المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٢٩ من قانون المرافعات قبل تعديله بالقـانون ١٩٥٥/٤٠١ (راجع المادة ٢٥٣ مرافعـات جـديد) .

نقض ٣٤/٣٥٣ ق (٦٨/٤/١١) س ١٩ ص ٧٥٦

□■□

(المبدأ ٣) : بطلان التصرف الصادر من المجنون او المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر . شرطه .

النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من القانون المدنى على انه « يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » وفى الفقرة الثانية من المادة المذكورة على انه « اما اذا صـدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » مفـاده ان العبرة فى تحرى اهلية العـاقد باهليته فى الوقت الذى انعقـد فيه العقد ، وان المشرع اقام من صـدور قرار بالحجر على المجنون او المعتـوه ، وفى تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك ، اما اذا لم تقم هذه القرينة وصدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فقـد اشترط المشرع لبطلان التصرف

الصادر من المجنون أو المعتوه شيوع حالة الجنون أو العتــه أو علم الطرف الآخر بها ، ويكفى فى ذلك أن تتوافراحدى الحالتين سالفتى الذكر لحظـة حصول التعاقد ليكون التصرف باطلا لانعدام ركن من أركانه هو صــدوره عن ارادة سليمة .

نقض ٨٤٥/٥٠ ق ج ١٨/١٢/١٩٨٣) لم ينشر

□■□

(المبدا ٤) : بطلان الحكم لأن النيابة العامة لم تكن آخر من يتكلم . شرطـه .

القول بأن النيـــابة العامة لم تكن آخر من يتــكلم مردود بانه ليس من شانه ابطال الحكم ، اذ البطلان هنا لا يكون الا اذا طلبت النيابة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت .

نقض ١٢/٥٣ ق (٢٦/٦/٨٤) لم ينشر

□■□

(المبــدا ٥) : المــادتان ٣٧ ، ٣٨ من مجموعة ســنة ١٩٣٨ الأحوال، الشخصــية للأقبــاط الأرثوذكس ــ دعوى بطــلان الزواج للغش فى بكارة الزوجة ــ شرطه .

المادة ٣٧ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس الصادرة فى سنة ١٩٣٨ التى طبقهــا الحكم تنص على انه « اذا وقع غش فى شخص احــد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج الا من الزوج الذى وقع عليه الغش . وكذلك الحكم فيمــا اذا وقع غش فى شان بكارة الزوجة بان ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو فى خلوها من الحمل وثبت انهــا حامل » كمــا تنص المــادة ٣٨ من تلك اللائحــة على انه « لا تقبل دعوى البطلان فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة الا اذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت ان أصبح الزوج متمتعا بكامل حريتــه او من وقت ان علم بالغش ، ويشـــترط الا يكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت » وكان مفــاد هذين النصين أن الغش فى بكارة الزوجة يجيــز ابطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفة جوهرية تعيب الارادة .ويشترط أن يرفع الزوج دعوى البطــلان فى ظرف شهر من وقت علمــه بالغش ، على الا يكون قد حصل اختلاط زوجى بين الطرفين بعد هذا العلم لأن ذلك يعتبر اجازة ضمنية للعقد .

نقض ١٢/٤٠ ق (١٢/١/٧٤) س ٢٥

□■□

(المبدأ ٦) : التصرف الصــادر قبل تسجيل قرار توقيع الحجز على المتصرف للسفه او الغفلة لا يكون باطلا الا اذا كان نتيجة استغلال او تواطؤ

تنص المادة ١١٥ من القانون المدنى بأن التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر للسفه أو الغفلة لا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كان نتيجة استغلال او تواطؤ ، فاذا كان الطاعنون لا ينازعون فى أن العقــدين محل النزاع قد صدرا من مورثهم الى المطعون عليهما قبل تاريخ تسجيل قــرار الحجر فلا يجدى الطاعنون بعد ذلك المنازعة فى صحة التاريخ الذى يحمله عذان المفدان ، ومحاولة اثبات انه قدم ليكون سابقا على رفع دعوى الحجر ما دام أن هذا التاريخ سابق على اى حال على تسجيل قرار الحجر ، كمـا ان مجرد ثبوت تحرير العقدين فى الفترة ما بين تاريخ تقــديم طلب الحجر وتاريخ صدور قرار بتوقيعه لا يكفى بذاته لترتيب البطلان بل يلزم ايضـا اثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

نقض ٢٦/٣٤٨ س ١٣ ص ٢٦٨

□■□

(المبدأ ٧) : بطـلان الاجراءات لانعدام صفـة احد الخصوم . عـدم تعلقه بالنظام العام ــ عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض .

بطلان الاجراءات المبنى على انعدام صفة احد الخصوم فى الدعوى غير متعلق بالنظام العــام اذ هو مقرر لمصلحــة من وضع لحمايتــه ، ولمـا كان الطاعنون لم يثيروه أمام محكمة الموضوع فانه لا يجوز لهم التمسك به لأول مرة أمام محكمــة النقض ، ويكون النعى على الحكم بالبطلان لصدوره ضــد المطعون عليها الثانية بمقولة ان لا صفة لها فى الدعوى ولا صلة لهــا بأرض النزاع غير مقبول .

ط ٤٤/٢٠٣ ق ح (٧٩/١/٢٤) س ٣٠ ص ٣٤٠

□■□

بلـــــوغ

(المبدأ ١) : ما يظهر به البلوغ .

الأصل فى البلوغ أن يظهر بأماراته المعهودة والا فبتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية .

نقض ٤٤/٤٠ (٧٥/١/٢٩) س ٢٦

راجع : اهلية .

□■□

بنـــــوة

(المبدأ ١) : شرط الاقرار بالبنوة .

المقرر أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش والبينة يثبت بالاقرار ، وكان يشترط لصحة الاقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له اب ، وان يكون ممكنا ولادة هذا الولد لمثل المقر ، وأن يصدق الولد المقر فى اقراره ان كان مميزا ، وكان صدور الاقرار صحيحا مستوفيا شرائطه ، ينطوى على اعتراف ببنوة الولد بنوة حقيقية ، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال .

نقض ٤١/٤٠ ق (٧٥/١/١٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٢) : الاقرار ببنوة مجهول النسب ، ان صدقا او كذبا ـ اثره .

من المقرر شرعا ان من أقر لمجهول النسب انه ولده فهو يعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء اكان صادقا فى الواقع أم كاذبا ، فيثبت لهذا الولد شرعا جميع احكام البنوة . غير أنه اذا كان كاذبا فى الواقع كان عليه اثم ذلك الادعاء . لما كان ذلك فلا محل للتحدى بصورية حكم النسب ـ الصادر فى دعوى سابقة بناء على الاقرار به ـ لأنه ليس هناك محل للدفع بالصورية فى هذا المجال ذلك ان الأحكام الشرعية فى خصوص الاقرار بالنسب انما قررت شرعا لصالح مجهول النسب او اللقيط ومصلحة اى منهما محققة فى ثبوت نسبه ، فيقبل الاقرار به بغير حاجة الى بينة عليه ولا يقبل نفيه أو الاعتراض عليه الا أن يكون المقر له ثابت النسب من قبل من غير المقر ـ ذلك أن النسب اذا ثبت لا يقبل الابطال أو التغيير .

نقض ٢٦/٢٩ ق (٧٣/١٢/٥) س ٢٤ ص ١٢٣٨

□■□

(المبدأ ٣) : اقرار الأب بالبنوة ، لا يحتمل النفى .

اقرار المتوفى ببنوة المطعون عليها الأولى ، حجة ملزمة فيثبت نسبها منه ، وهو بعد الاقرار به لا يحتمل النفى ، لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار ولا يسمع ، ويثبت هذا النسب بمجرد اقرار الأب وان أنكرت الزوجة اذ هو الزام له دون غيره ، فلا يتوقف نفاذه على تصديقها ، ولا يبطله

اقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت ، ولا كون التصادق على الزواج مسـندا الى تاريخ لاحق لميلادها ، كما أن اقرار الزوجة بالبكارة لا يفضي الى ابطال حق المقر لها ، لأنها لا تملك ابطاله .

نقض ٣٨/٢٧ ق (٧٢/٦/١٤) س ٢٣ ص ١١٣٢

□■□

(المبدأ ٤) : الاقرار ببنوة مجهول النسب .

من أقر لمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنوة حقيقية سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا فتسرى لهـذا الولد جميع أحكام البنوة . عليـه الاثم ان كان كاذبا .

نقض ٣٦/٢٦ ق (٧٣/١٢/٢٥) س ٢٤

□■□

(المبدأ ٥): البنـوة متى ثبتت ولو بالاقرار تثبت فى حق الـكافة ـ وترتب عليها اثرها الا انها اذا كانت ثابتـة بمجرد الدعوة والاقرار لا تسرى على الغير بالنسبة لما تعلق به حق هـذا الغير فعلا قبل صـدور الاقرار لأن الاقرار ليس حجة على غير المقر . اما بالنسبة لمـا يحدث من الحقوق بعـد الاقرار كالارث والاستحقاق فان الاقرار بالبنوة يسرى فيه على الغير .

المنصوص عليـه فقها أن البنوة متى ثبتت ولو باقرار تثبت فى حـق الكافة وترتب عليها آثارها الا انها اذا كانت ثابتـة بمجرد الدعوة والاقرار لا تسرى على الغير فعـلا قبل صدور الاقرار عملا بقـاعدة أن الاقرار ليس حجة على غير المقر فلا يبطل حقه الثابت قبل الاقرار ، أما بالنسبة لما يحدث ويجد من الحقوق بعد الاقرار كالارث من شخص توفى بعـد الاقرار بالبنوة بسبب القرابة التى ترتبت على هـذا الاقرار وكالاستحقـاق فى غلة الوقف الحادثة بعد الاقرار ــ فان الاقرار بالبنوة يسرى فيه على الغير ، اذ نسب المقر له كان ثابتا شرعا حين وجود هـذه الحقوق وحدوثها ، ومن ضرورة بنوته شرعا اشتراكه مع الآخرين فى هذه الحقوق ، كما يؤخذ ذلك بوضوح من النصوص الفقهية فى موضوع الاقرار بالنسب .

٣٥/٥٨ ك مصر (٣٩/٣/٢٠) م ش ٤٨/٤/١٢

□■□

بيت المـــال (١)

(المبدا ١) : بيت المال لا يعتبر وارثا ـ أيلولة التركات اليه باعتبارها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك .

وفقا للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يكون تحقيق الوفاه والوراثة حجة فى هذا الخصوص ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق، وانكار الوراثة الذى يستدعى استصدار مثل هذا الحكم يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة ، وبيت المـال ـ وزارة الخزانة ـ لا يعتبر وارثا بهذا المعنى وانما تؤول اليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك ، وهو ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ فى قولها « فاذا لم يوجد أحـد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منهـا للخزانة العـامة » واذا كان الثـابت أن الطاعن اسـتند فى دعواه الى الاعلام الشرعى الذى بمقتضـاه تحققت وفاة والدته وانحصـار ارثها فيـه واغفل الحكم المطعون فيه حجية هـذا الاعلام فى مواجهة بيت المـال فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه وشابه قصور يعيبه .

نقض ٣٥/٢ ق (٦٦/٥/١١) س ١٠٨٣/١٧

□■□

(المبدا ٢) : عدم اعتبار بيت المال وارثا فى نظر الشرع .

بيت المال وان عد مستحقا للتركات التى لا مستحق لها ، فانه لا يعتبر وارثا فى نظر الشرع ، ولذلك فهو لا يصلح خصما فى دعوى الوراثة .

نقض ٢١/١ ق (٣٢/٥/٢٦)

□■□

---

(١) يرى الأحناف انه اذا لم يوجد وارث مطلقـا ولا مقر له بالنسب على الغير ولا موصى له بكل التركة ، وضعت التركة فى بيت المال على أنهـا مال ضائع فصارت لجميع المسلمين ، فتوضع هنـاك ،وليس ذلك بطريق الارث بنـاء على أنهم اخوته . الا يرى أن الذمى اذا لم يكن له وارث يوضـع ماله فى بيت المال ولا ميراث للمسلمين من الكفار ، ويشهد له ايضا انه يسوى بين الذكر والأنثى من المسلمين فى العطيـة من ذلك المال ، ولا تسوية بينهما فى المواريث .

ت

تبني

تحكيم

تخارج

تركة

تزوير

تطليق

تقادم

تناقض

تنفيذ

توبة

(المبدأ ١) : التبنى . المقصود به . اعتبـاره حراما وباطلا . لا يترتب عليـه أثره .

يقصد بالتبنى استلحـاق شخص معروف النسب او مجهـوله مع التصريح بانه يتخذه ولدا مع أنه ليس بولد حقيقى . ولئن كان يعد حراما وباطلا فى الشريعة الاسلامية ، ولا يترتب عليه اى حكم من الأحكام الشرعية الثـابتة . الا ان المقرر فى قضـاء النقض أن النسب يثبت بالدعوة ، وهى الاقرار المجرد بالنسب مما ينطوى عليه من اعتراف ببنوة الولد وأنه يخلق من مثله سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا . فيثبت لهذا الولد عند ذلك شرعا جميع احكام البنوة ، اعتبارا بانه ان كان كاذبا وقع عليـه اثم الادعاء ويصح النسب بهذا الطريق طالما لم يقرن به وجهه حتى ولو كانت الظواهر تكذبه ، ولا يحـول دون ذلك ورود الاقرار الصريح أو الضمنى لاحقـا على التبنى المدعى به لمـا ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضـاع ، ما دام لم يبين وقت الاقرار سبب هذه البنوة .

نقض ٤٦/١٧ ق — س ٢٩ ص ٥٧٤

□■□

(المبدأ ٢) : التبنى فى الاسلام حرام وباطل ـ لا يترتب عليـه أثر او حكم شرعى .

التبنى هو استلحـاق شخص معلوم النسب او استلحـاق مجهول النسب مع التصريح بانه يتخذه ولدا ، وليس بولد حقيقى ، حرام وباطل فى الشريعة الاسلامية ولا يترتب عليـه اثر او حكم من الأحكام الشرعيـة ، اكتفـاء با ن الاسلام قد اورد تنظيما كاملا محكما لأحوال اللقطاء بمـا يكفل الحياة الشريفة لهم .

نقض ٤٣/٢ ق — س ٢٧ ص ٥٩٣

□■□

(المبدأ ٣) : التبنى ـ ماهيته .

التبنى هو استلحاق شخص معروف النسب الى اب ، أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بانه يتخذه ولدا وليس بولد حقيقى فلا تثبت أبوة ولا بنوة ، ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء.

نقض ٣٩/٢٦ ق (٧٣/١٢/٥) — س ١٢٣٧/٢٤

□■□

(المبدأ ٤) : الولد المتبنى لا يكون وارثا .

اذا ثبت أن الطفـل المنسـوب للمتـوفى متبنى له او لزوجته بأوراق رسمية لا يكون وارثا له ولا يحجب أخوة المتوفى عن تعصيب بناته الوارثات.

٣٥/١٨٣ س ك مصر (٣٨/١/١٢) ت س — م ش ٣٣/٤/١١

تحـــــكيم

(المبدأ ١) : اجراءات التحكيم المنصوص عليها فى المواد ٧ الى ١١ من القانون ١٩٢٩/٢٥ – شرطها .

النص فى المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ ببعض احكام الأحوال الشخصية على انه : « اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بهـا بما لا يستطاع معـه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لهـا ان تطلب من القـاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القـاضى طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فاذا رفض ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القـاضى حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١ . يدل على ان المشرع رأى ان الزوجة اذا ادعت على زوجها اضراره بها باى نوع من انواع الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثـالهما ومن همـا فى طبقتهما وطلبت من القـاضى تطليقهـا منه وثبت الضرر الذى ادعتـه ، ولم يفلح القـاضى فى التـوفيق بينهما طلقها منه . وان عجزت الزوجة عن اثبات الضرر رفض دعواها ، فاذا جاءت مكررة شكواها طالبة التطليق الاضرار ولم تثبت للمرة الثانية ما تشكو منه كان على القاضى ان يعين الحكمين – بمعنى ان منـاط اتخاذ اجراءات التحكيم المنصوص عليهـا فى المواد ٧ – ١١ من القـانون ٢٩/٢٥ أن تكون الدعوى المقامة للتطليق هى دعوى ثانية سبقتها دعوى اولى بطلب التفريق للضرر ولم يثبت للمحكمة هذا الضرر المدعى .

نقض ٤٣/١٣ ق (٧٥/٥/٢٨) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٢) : التحكيم فى دعوى التطليق للضرر . شرطه .

مفـاد المادة ٦ ق ١٩٢٩/٢٥ أن التحـكيم فى دعوى التطليـق للضرر لا يكون الا عندما تكرر الزوجة شكواها طالبة التطليق ، ولم يثبت ما تشكو منه بعد الحكم برفض دعواها الأولى بطلب التفريق .

نقض ٥٣/٣ ق (١٩٨٤/٥/٢٩) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٣) : يشترط فى الحكمين ان يكونا من اهل الزوجين ان امكن .

النص فى المادة السابعة من المرسوم بقانون ١٩٢٩/٢٥ على انه « يشترط فى الحكمين ان يكونا رجلين عدلين من اهل الزوجين ان امكن والا فمن غيرهم

ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما ، يدل على انه يشترط الحكمين ان يكونا عدلين من أهل الزوجين ان امكن ، فان لم يوجد من اقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضي اجنبيين ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح وازالة الخلف بينهما .

نقض ٤٣/١٣ ق (٧٥/٥/٢٨) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٤) : يشترط لجواز تعيين الحكمين في دعوى التطليق للضرر سبق رفضها مرتين فاكثر للعجز عن الاثبات لا لسبب غيره .

جاء في المادة السادسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ في موضوع الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر أن الزوجة اذا ادعت مضارة زوجها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وطلبت التفريق بينهما لذلك فان القاضي يطلقها طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ـ ثم ذكرت المادة عقب ذلك العبارة الآتية : (فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين ... الخ) فما المقصود من كلمة (فاذا رفض الطلب) الواردة في صدر هذه العبارة ؟ هل المراد رفض الطلب لعدم ثبوت الضرر أم المراد رفضه لأي سبب ولو لعدم صحة الدعوى شرعا أو لثبوت عدم حصول الضرر المدعى به بما اقامه الزوج من الأدلة على ذلك مثلا ؟ الظاهر من سياق المادة ان المقصود هو الرفض لعجز الزوجة عن اثبات الضرر الذي ادعته لا مطلق رفض ولو لعدم صحة الدعوى أو لثبوت عدم الضرر المدعى به لأن المادة قبل العبارة المذكورة نصت على حالة ثبوت الضرر وذكرت أن القاضي في هذه الحالة يطلق فالسياق يقتضي ان يذكر بعد ذلك مقابل ثبوت الضرر وهو عدم ثبوته وهذا ما عنته المادة بعبارة (فاذا رفض الطلب) بسبب عجز الزوجة عن اثبات الضرر المدعى في القضية الأولى ثم تكررت شكواها ثانية ولم يثبت الضرر ايضا فيها كما لم يثبت في سابقتها بعث القاضي حكمين وهذا التفسير كما انه المفهوم من السياق فانه هو المطابق لروح التشريع لأن القاضي انما يبعث الحكمين لأنه اشتبه عليه الأمر فيبعثهما ليتعرف الحقيقة والأمر يشتبه حقا على القاضي اذا عجزت الزوجة مرتين امامه عن اثبات الضرر الذي ادعته بشرط أن تكون دعواها صحيحة مسموعة وبشرط ان يقوم دليل أمام القاضي على عدم حصول الضرر الذي ادعته ، وبناء على هذا او ذاك رفض دعواها فلا يقال في هذه الحالة ان الأمر اشتبه على القاضي حتى يسوغ بعث حكمين .

بناء على ذلك يكون المفهوم من نص المادة السادسة انها تشترط لبعث الحكمين اولا أن ترفع دعوى الطلاق للضرر مرتين ثانيا ان ترفض الدعوى

الأولى للعجز عن اثبات الضرر لا لسبب آخر كعدم الصحة أو لثبوت عدم حصول الضرر المدعى به ثالثا أن يحصل العجز عن اثبات الضرر المدعى فى الدعوى الثانية ايضا فعندئذ يبعث القاضى حكمين .

١١٨/٣٦ اطسا (٣٣/٦/٢٧) م ش ١/٨/١/٣٠

□■□

(المبدأ ٥) : متى قرر الحكمان استحالة العشرة بين الزوجين فرقت المحكمة بينهما .

معروف أن المصدر التشريعى للمادة السادسة ق ٢٥ سنة ٢٩ التى اجازت التطليق للضرر مذهب الامام مالك رضى الله عنه وهو لم يفرق فى هذا الحكم بين اضرار الزوج بزوجته بعد الدخول أو قبله فقد ورد فى المدونة الكبرى للامام مالك رضى الله عنه ص ٥٢ جزء ٥ فى باب ما جاء فى الحكمين (قلت فلو كانت المراة ممن لم يدخل بها هل يجرى امرها مجرى المدخول بها قال الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقى يجرى مجرى المدخول بها زوجها بعث اليها بحكمين وكذا ورد فى الشرح الكبير للامام الدردير وحاشية الدسوقى ص ٤٠٢ ايضا الى آخر ما ورد فيما هو صريح فى التسوية بين الحالين والمراد هو الاختلاط سواء قبل الدخول أو بعده .

١٧٣٦/٥٠ جيزة (٥٢/١٢/٣) م ش ٤٢٤/٢٤

□■□

(المبدأ ٦) : الزام القاضى بالتوفيق بين الزوجين قبل القضاء بالتفريق .

الهدف من الزام القاضى بالعمل على الاصلاح بين الزوجين قبل قضائه بالتفريق وفقا لنص المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ هو محاولة ازالة اسباب الشقاق ، وعودة الحياة الزوجية الى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معاشرة . وكان مؤدى نص المادة السادسة مكررا من هذا القانون (١) ان اقتران الزوج باخرى دون رضاء الزوجة الأولى يتحقق به الضرر بمجرد وقوعه ، فلا يزول اثره حتى لو انتهت الزيجة الجديدة بالطلاق ، فان محاولة الاصلاح التى تقتضى ازالة اسباب الضرر تكون غير مجدية فى هذه الحالة التى افرد لها المشرع باعتبار ما لها من طبيعة خاصة نصا مستقلا ، وخصها بقواعد مغايرة لتلك التى تحكم صور الضرر الأخرى والواردة بنص المادة السادسة السالفة البيان .

نقض ٥٢/٣٠ ق (١٩٨٣/٥/٢٤) لم ينشر

□■□

---

(١) راجع المادة بعد تعديلها .

(المبدا ٧) : شرط الحكمين المنتدبين من دائرة اقارب الزوجين .

من الأصول المقررة فقها والمتواضع عليها انه اذا اطلق النص فى التشريع وجب الرجوع الى ماخذه ، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه نص المادة السابعة من القانون ١٩٢٩/٢٥ ـ انه اذا لم يكن من الأهل ـ اهل الزوجين ـ احد يوصف بما يستحق به التحكم ، أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين ، مما مؤداه انه يشترط أن يكون الحكمان المنتدبان من دائرة الأقارب على اتصال بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما ، ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين .

نقض ٤٣/١٣ ق (٧٥/٥/٢٨) س ٢٦

□■□

(المبدا ٨) : التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة ـ مجال اعماله .

مجال اعمال المادتين ١٠ ، ١١ من القانون ١٩٢٩/٢٥ والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة ـ أو مع اسقاط كل أو بعض حقوقها المالية ـ هو دعوى التطليق التى تتخذ فيها اجراءات التحكيم .

نقض ٥٣/٣ ق (١٩٨٤/٥/٢٩) لم ينشر

□■□

(المبدا ٩) : اختيار الحكمين وحده فى دعوى التطليق للضرر ليس كافيا لاثبات التفريق .

اختيار الحكمين وحده فى دعوى التطليق للضرر ليس كافيا لاثبات التفريق بين الزوجين ، لأن القانون اضاف اليه اعمالا كثيرة ، وحكما من المحكمة ، وليس كافيا فى الواقع لاحتمال أن ياتى الحكمان المهمة أو يفشلا فيها او يجدا الاساءة من الزوجة أو يموتا قبل تقديم تقريرهما ، ففى كل هذه الافتراضات يكون الاختيار ـ اى الاثبات ـ قائما ، والمثبت معدوما ، وليس هذا الشان فى الاثبات القانونى .

٤٤/٣٨٨٥ ك مصر (٤٦/٢/٤) م ش ١٣٥/١٨

□■□

(المبدا ١٠) : يعين القاضى حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان ان الضرر من قبل الزوج .

بما ان مقتضى المادة السادسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ أن الزوجة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق فيطلقها اذا ثبت الضرر فاذا رفض ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين وقضى بما يقررانه على نحو

ما هو مبين فى المواد السابعة والثامنة والتاسعة والحادية عشرة من القانون المشار اليه .

وبما أن الاستئناف يعيد القضية الى ما كانت عليه وحينئذ لمحكمة الاستئناف أن تتدارك ما فات على المحكمة الجزئية من تعيين الحكمين عملا بالمادة السادسة من القانون المشار اليه .

وبما أن المحكمة ندبت حكمين وتبين من تقريرهما انهما بحثا أسباب الشقاق بين الزوجين وبذلا جهدهما فى الاصلاح بينهما بوجه من الوجوه وقررا أن الاساءة من جانب الزوج وأن خير علاج لهذه الحالة هو التفريق بين الزوجين .

وبما ن المحكمة والحالة هذه تحكم بمقتضى ما رآه الحكمان فى ذلك .

١٢٦٨/٣٢ س ك مصر (٣٤/١٢/١٢) م ش ٣٩٢/٦

□■□

(المبدأ ١١) : اختيار المحكم لا يغل سلطة القاضى عن النظر فيما صدر منه من الحكم مطلقا .

من حيث أن اختيار المحكم لا يغل سلطة القاضى عن النظر فيما صدر منه من الحكم مطلقا فبديهى انه من باب أولى يكون للقاضى حق النظر فيه اذا كان هذا التحكيم أو الحكم مخالفا للشرع والقانون طبقا لما نصت عليه المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية .

١٠٦٧/٣٠ كفر الشيخ (٣١/١٠/٢٩) ت س م ش ٢٨/٣

□■□

(المبدأ ١٢) : لا يقبل قول المحكم بعد صدور حكمه .

ومن حيث أن المحكمة بعد صدور حكم المحكمين لا يمكنها أن تستفهم منهم عن أى شىء فى هذا الموضوع لأن النص الشرعى يقضى بانه لا يقبل قول المحكم بعد صدور حكمه واذن لا فائدة ترجى من استيضاحهم عن الأسباب التى أصدروا حكمهم بالتفريق من اجلها وعما حصل فى مجلس التحكيم .

١٠٦٧/٣٠ كفر الشيخ (٣١/١٠/٢٩) ت س م ش ٢٨٤/٣

□■□

(المبدا ١٣) : يشترط لتنفيذ حكم المحكمين تحقق ما نصت عليه المادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ وموافقته للشرع .

المادة الحادية عشرة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ وان أوجبت على القاضي تنفيذ حكم المحكمين غير انه من الجلي الواضح أن ذلك انما يكون عند تحقق ما نصت عليه المادة السادسة ووافق الشرع طبقا لما نصت عليه اللائحة فى المادة ٢٨٠ والا لكان القاضي ملزما بتنفيذ ما يقبله الشرع .

١٠٦٧/٣٠ كفر الشيخ (٢٩/١٠/٣١) ت س م ش ٣/٢٨٤

□■□

(المبدا ١٤) : لا تتقيد المحكمة بحكم المحكمين اذا كانت نصوص الشريعة والقانون لا تنطبق عليه .

اذا طلبت الزوجة تطليقا للضرر من زوجها ـ واتفقت معه اما م المحكمة على تعيين محكمين للحكم فيما بينهما وأصدر هؤلاء المحكمين حكمهم فالمحكمة لا تتقيد به مادامت نصوص الشريعة والقانون لا تنطبق عليه .

١٠٦٧/٣٠ كفر الشيخ (٢٩/١٠/٣١) ت س م ش ٣/٢٨٤

□■□

(المبدأ ١٥) : اذا تعذر اجراء التحكيم بفعل الزوج كان دليلا كافيا للتفريق .

اذا تعذر اجراء التحكيم بين بفعل الزوج كا نذلك دليلا على أساءته، وكافيا للتفريق بينما بطلقة بائنة .

٥٥٥/٤٩ الزقازيق (١٥/٥/٣٩) ت س م ش ٢٣/٣٦٦

□■□

تخـــــارج (١)

تعريف التخارج ـ هو أن يتصالح مع بعض الورثة على قدر معلوم فى نظير أن يترك حصته فيها ، سواء أكان التصالح مع الورثة مجتمعين، أم مع بعضهم على أن يحل البعض الذى أعطاه قدرا معينا من المال محله فى حصته وسواء أكان الورثة قد صالحوه على جزء معين من التركة نفسها أم صالحوه على مال قدموه له خارج التركة .

والتخارج قسمان : احدهما أن يتخارج الوارث مع كل الورثة وذلك اذا تصـــالح وارث مع الورثة اجمعين على مقـــدار يأخذه . ولهـــذا القسم صورتان : (١) أن يكون المقدار المأخوذ شيئا معينا من التركة ، أو مقـــدارا من النقود فيها ، وفى هذه الصورة يعطى كل ذى فرض فرضه ثم تبين سهام كل وارث بما فيها الوارث المتخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ، والباقى من التركة يقسم على السهام الباقية بعد اسقاط سهام المتخارج . (٢) أن يتخارج الورثة مع الوارث بما لخارج عن التركة ، وفى هذه الحال ، اما ان ينصوا على أن كلا قد دفع ما يقابل حصته ، واما أن ينصوا على تقدير آخر غير ذلك ، واما الا ينصوا على شىء . (أ) اذا نص الورثة على أن كل قد دفع ما يقابل حصته ، فى هذه الحالة تستخرج السهام التى تكتنف عن حصـــة كل وارث وتسقط حصة الوارث المتخارج فى نظير ما تخارج عليه ، وتقسم التركة على الباقى من السهام ، ويأخذ كل وارث ما يقابل حصته ، لأن كل وارث تحمل من الغرم بمقدار حصته ، لتسلم له حصـــته بعد ذلك من التركة خالصة من حق هـــذا المتخارج فيها ولا طريق لتحقيق هذا الا بتقسيم التركة على بقية السهام . (ب) أن يتفق الورثة مع المتخارج على طريق آخر فى الدفع ، كأن يدفع كل وارث مقدارا أكثر أو أقل مما يقابل حصته ، فى هذه الحالة تستخرج السهام ويبين ما خص ســـهام الوارث المتخارج من التركة ثم تقسم تلك الحصة على الورثة بما اتفقوا عليه فيأخذ كل وارث من حصة المتخارج بمقدار ما دفع لا بمقدار ما يعادل حصته فى التركة ، لأن الدفع للمتخارج لم يكن على أساس ما خص كل حصة ، بل كان على مقدار القدرة المالية لكل وارث فى الدفع ، والغرم بالغنم . (ج) اذا اتفق الورثة على أن يدفعوا للمتخارج مجتمعين ، ولم ينصوا على أن الدفع كان بمقدار حصة كل فى التركة أو بمقدار آخر ، فانهم جميعا يكونوا شركاء فى الدفع فى مقابل أن يسلم لهم نصيبه ، فقد اشتروا نصيبه بمالهم المجتمع، ولم ينصوا على تفاوت فى الحصص ، فيكونوا جميعا شركاء بالتساوى فى =

(المبدأ ١) : تعريف التخارج .

التخارج هو أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فاذا تضمنت الورقة اتفاقا بين الأخوة على اختصاص كل منهم بعين من تركة أبيهم ، فهى لا تعتبر تخارجا ، بل هى اتفاق على قسمة ، وكل من وقعها فهو محجوج بها وان لم يسجل عقدها اذ القسمة كاشفة للحق مقررة له ، لا ناقلة ولا منشئة له ، فتسجيلها غير لازم الا للاحتجاج بها على غير العاقدين .

نقض ١٠٥ ، ١٣٣/١٦ ق (٥/٦/٤٧)

□■□

= الحصة المبيعة ، وهى ما يستحق فيها . وفى هذه الحال تستخرج السهام وتقسم التركة على كل السهام لا على بعضها ، وما قابل سهام الوارث المتخارج يقسم بينهم بالتساوى لأنهم شركاء فيه اذ اشتروه وماداموا لم يبينوا حصة كل واحد فى التركة ، فيكون الأصل هو التساوى ، اذ كل شركة الأصل فيها هو التساوى . ثانيهما : أن يتخارج الوارث مع بعض الورثة ، وفى هذه الحالة يأخذ التخارج حكم بيع الوارث المتخارج حصته من التركة لبعض الورثة دائما ، وفى هذه الحال يحل المشترى لهذا النصيب محل الوارث فى نصيبه فيأخذ المشترى حصته بصفته وارثا ثم يأخذ حصة المتخارج باعتباره قد اشترى هذه الحصة . وفى هذه الحال يعطى كل صاحب فرض أو غيره حصته بما فيهم الوارث المتخارج وتبين سهام كل وارث من غير استثناء أحد قط وتقسم التركة على كل السهام بما فيها سهام الوارث المتخارج ، ولكن ما خص سهامه لا يؤول اليه بل يأخذه الوارث الذى دفع من ماله بدل التخارج ، لأنه اشترى تلك الحصة من التركة بما دفعه من بدل لها .

تركـــة

(المبدا ١) : لا تركة الا بعد سداد الديون .

ان الدين وان كان مستغرقا للتركة لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته . وهذا يتفرع عليه أن ايراد التركة ونتاجها يكون حقا خالصا للورثة فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط . وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الاسلامية فى تفسير قاعدة « لا تركة الا بعد وفاء الدين » وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى . فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد اليه فى التمسك بقاعدة « لا تركة الا بعد وفاء الدين » فى وجه الوارث الذى يطلب ايراد نصيبه فى التركة ، ما دام الدين غير ثابت ومحل نزاع غير جدى .

نقض ٠٠٠/١٣ ق (٤٤/١٢/٧)

□■□

(المبـدأ ٢) : التركة منفصلة شرعا عن أشـخاص الورثة وأموالهم الخـاصة .

ان الورثة باعتبارهم شركاء فى التركة كل منهم بحسب نصـيبه ، اذا أبدى واحـد منهم دفاعا مؤثرا فى الحق المدعى به على التركة كان فى ابدائه نائبا عن الباقين فيستفيدون منـه . وذلك لأن التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى ، بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شىء منها للورثة ، وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها ، وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهـة الى التـركة ، فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة ، ويكفى أن يبـديه البعض ليستفيد منه البعض الآخر من الورثة .

نقض ١٢/٤٢ ق (٤٣/٣/١٨)

□■□

(المبدأ ٣) : وجوب الرجوع الى الشريعـة الاسلامية بوجه عام والى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة الى حقوق الورثة فى التركة المدينـة .

ان الشـارع اذ أخضع دعاوى الحقوق للقـانون المدنى وجعلهـا من اختصاص المحاكم المدنية قد أبقى المواريث خاضعة للشريعة الاسلامية تقضى

فيها المحاكم الشرعية بصفة اصلية طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب الحنفية ، فان تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية كان عليها ان تتبع نفس المنهج. ثم صدر القانون ١٩٤٣/٧٧ مقننا أحكام الارث فى الشريعة الاسلامية فلم يغير الوضع السابق بل أكده ، واعقبه القانون رقم ١٩٤٤/٢٥ فنص صراحة على أن : « قوانين المواريث والوصية واحكام الشريعة الاسلامية فيها هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا بالنسبة الى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين ، على انه اذا كان المتوفى غير مسلم جاز لورثته طبقا لأحكام الشريعة الغراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى ». وإذا كان الرجوع الى الشريعة الاسلامية بوجه عام والى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص متعينا بالنسبة الى حقوق الورثة فى التركة المدينة ومدى تأثرها بحقوق دائنى المورث باعتبار ذلك من اخص مسائل المواريث ، فان القانون المدنى اذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدينة ، باعتبار أن هذا التصرف عقدا من العقود انما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق .

نقض ١٥/١١٠ ق (٤٧/٢/٢٧)

□■□

(المبدا ٥) : عدم اعتبار الوارث نائبا عن التركة فى دعوى طولب فيها بنصيبه فى الدين . ولم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من هذا النصيب .

أن القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ممكنة الأخذ بها لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم أو خوصم فى الدعوى طالبا الحكم للتركة بنفسها بكل حقها أو مطلوبا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ماعليها . أما اذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه فى الدين ، ذلك النصيب المحدد المطلوب منه فى الدعوى ، فان الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثاء .

نقض ٤/٧٠ ق (٣٥/٤/١١)

□■□

(المبدا ٦) : التركة مستغرقة كانت او غير مستغرقة تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى .

يتعين الرجوع الى الشريعة الاسلامية بوجه عام ، والى ارجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة الى حقوق الورثة فى التركة المدينة، ومدى

تأثرها بحقوق دائنى المورث ، والتركة مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ تنشغل بمجرد الوفاء بحق عينى لدائنى المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو دائنيه ، واذ كان الثابت فى الدعوى أن تركة المورث كانت مدينة للشركة ــ التى نزعت ملكية كل ما كان يملكه حال حياته ــ وكان لهذا الدائن الحق فى أن يتتبع أعيان التركة المدينة تحت يد مشتريا المطعون عليه لاستيفاء دينه ، ولو كان هذا المشترى حسن النية ، ورغم تسجيل عقده ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ولم يخول هذا الدائن الحق فى تتبع أعيان تركة مدينة تحت يد من اشتراها استنادا الى أن التركة لم تكن مستغرقة ،، والى أن المطعون عليه ــ المشترى من الورثة وفاء لدين مضمون برهن له على التركة ــ قد سجل عقده قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وحكم مرسى المزاد ، وتحجب بهذا النظر الخاطىء عن بحث دفاع الطاعن ــ الراسى عليه المزاد فى تنفيذ الشركة الدائنة ــ من أن دين الرهن الذى تم البيع لسداده كان قد استهلك قبل حصول البيع ، فانه يكون قد خالف القانون ، وشابه قصور .

نقض ١٤/٣٧ ق (١٦/٣/٧٢) س ٢٢ ص ٤٢٨

□■□

(المبدأ ٧) : حق الدائن فى تتبع اعيان التركة تحت يد المشترى ولو كان حسن النية وعقده مسجلا .

ان التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ،تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم الوطنية تطبيقه اذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المواريث بصفة فرعية ، ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العينى لدائنى التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى ، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الاسلامية هى ــ على ما سبق القول ــ القانون فى المواريث . واذن فالحكم الذى ينفى حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدينة تحت يد من اشتراها ولو كان حسن النية وعقده مسجلا يكون مخالفا للقانون .

نقض ١١١/١٥ ق (٢٧/٢/٤٧)

□■□

(المبدا ٨) : انفصال التركة شرعا عن اشخاص الورثة وأموالهم الخاصة للدائنين عليها حق عينى تبعى .

التركة منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وللدائنين عليها حق عينى تبعى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل ان يؤول شيء منا للورثة بصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها . واذا كانت القاعدة أن الحق العينى التبعى لا يقبل التجزئة فانه على هذا الاعتبار يكون دفع المطالبة الموجهة الى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة . ويكفى أن يبديه البعض ليفيد منه باقى الورثة متى وضح أن مقصود من ابداه لم يكن هو الدفاع عن نصيبه المحدد فى التركة وانما الدفاع عن عموم التركة كنائب شرعى عنها . فاذا كانت مورثة الطاعنين قد رفعت الدعوى بدينها طالبة الحكم لها به على تركة مدينها ــ مورث المطعون ضده ــ ممثلة فى اشخاص ورثته ولم تطلب الحكم على كل واحد منهم بحصته التى تلزمه فى هذا الدين ، ولما حكم لورثتها الطاعنين بهذا الدين على التركة اتخذوا بمقتضى هذا الحكم اجراءات التنفيذ على أعيانها جملة وبلا تجزئة لنصيب كل وارث فيها ووجهوا تلك الاجراءات الى الورثة ومنهم المطعون ضده بوصفهم ممثلين للتركة ولم يوجهوها اليهم باعتبار أن كلا منهم مالك لنصيب محدد فى الأعيان المنفذ عليها ، وكان المطعون ضده حين طعن فى اجراءات التنفيذ بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع لم يقصر اعتراضه على الاجراءات المتخذة عنى نصيبه الميراثى فى الأطيان المنفذ عليها بل جعل اعتراضه شاملا لعموم أعيان التركة المنفذ عليها وطلب ابطال الاجراءات المتخذة عليها جميعا بما فى ذلك انصباء شركائه ، فان المطعون ضده فى أجرائه لهذا الاعتراض لم يكن يعمل لمصلحة نفسه وفى حدود نصيبه وانما لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة ومن ثم فانهم يفيدون من اعتراضه .

نقض ٢٧٦/٣٠ ق (٦٥/٣/٢٥) س ١٦ ص ٣٨٥

□■□

(المبدا ٩) : المركز القانونى لأموال التركة .

اختلف ائمة الشرع فى تكييف المركز القانونى لأموال التركة اذا كانت محملة بديون أو وصية وفى علاقة الورثة بهذه الأموال ومدى اتصالهم بها أو حقهم عليها ــ وكان من رأى علماء الحنفيــة ان التركة لا تنتقل الى الورثة الا بعد سداد الديون المستحقة عليها وحصول الموصى لهم على ما آل اليهم بطريق الوصــية ــ والى أن يتم ذلك تظل التركة فى ذمة المتوفى وتكون على حكم ملــكه لأن له ذمة تبقى الى ان توفى ديونه والمشغول بالدين من التركة لا تثبت فيه ملكية الورثة ومن رأى الشافعية ان التركة تنتقل فور الوفاة

الى الورثة ولكنها لا تكون خالصة لهم الا بعد سداد الديون والى أن توفى هذه الديون يكون للورثة حق الملكية مثقلا بما للدائنين من حقوق تجعل لهم الأولوية على الورثة ولو استنفدت ديونهم التركة كلها وعلاقة الورثة بالدائنين تسبه فى هذا الرأى علاقة الراهن بالمرتهن .

٤٨/٣٩١ س مصر (٥٢/١١/٢٣) م ش ١١٦/٢٣

□■□

(المبدأ ١٠) : مخاصمة التركة فى شخص احد الورثة دون الباقين ليس لها سند من القاعدة الشرعية التى تقرر أن لا تركة الا بعد سداد الديون ولا سند لها من القانون .

فى حالة وجود دين على المتوفى فان الحال لا يخلو من أحد أمرين ـ أن التركة تبقى على ملك المورث أو أنها تؤول الى الورثة ـ وفى الحال الأولى وهى ذاتية التركة واستقلالها عن الورثة فلا يفهم كيف يكون أحد الورثة ممثلا لها مستأثرا بالنيابة عنها ولم يقمه أحد وليا عليها أومتحدثا باسمها ويحسن فى هذا الصدد تبيان أن تصوير التركة فى صورة الذاتية المستقلة قد يخلع عليها الشخصية الاعتبارية ، ولكن الشريعة الاسلامية لا تعرف هذا النوع من الشخصيات ، ولهذا فان فكرة النيابة عن التركة ممثلة فى شخص أحد الورثة لا يمكن ارجاعها الى تلك الشخصية المعنوية التى ثبتت فكرتها وتطور نشوؤها فى العصر الحديث ـ على أن تمثيل هذه الشخصية لا يكون جزافا أو لمجرد وجود مصلحة محققة أو محتملة وانما يخضع لاوضاع ولأحكام لابد من اتباعها ومراعاتها ـ والقول بأن التركة تبقى على ملك المتوفى حتى توفى الديون لا يستتبع أن المخاصمة توجه الى أحد الورثة أيا كان لكى تستقيم شرائطها وتستكمل صحتها ولكنه يستلزم اقامة وصى على التركة تخاصم فى مواجهته وينصبه القاضى صاحب الولاية الشرعية ـ أما الحالة الثانية وهى صيرورة مال التركة ملكا للورثة فمؤداه أن المال يصبح شائعا بين الورثة وشركة بينهم يساهمون فيها بقدر انصبائهم ويتحملون اعباءها بنسبة هذه الأنصباء وليس لأحدهم حق النيابة عن الآخرين فكل شريك مستقل بحصته لا يضار من فعل باقى الشركاء واذا جاز له أن يفيد من أعمالهم التى تكون فى صالحه فمن المحقق انه لا يلزم بأعمالهم التى تعود عليه بالضرر ووجه الافادة من الأعمال النافعة انها اقرب الى أعمال الفضالة يجنى رب المال ثمارها مقابل دفع ما استلزم من مصروفات ـ وهذا التفسير الذى يتفق مع القاعدة الشرعية يساير ما جرى عليه التقنين المصرى قديمه وحديثه فان الانابة لا تكون الا بتوكيل صريح او ضمنى أو اذا قررها القانون كما فى حالة المدينين المتضامنين او الالتزامات

غير القابلة للانقسام وهي وكالة محدودة في حدود ضيقة لا تعفي الدائن من تقاضاه جميع المدينين ولا تلزم هؤلاء بما يقر به أحدهم او بما يحكم به عليه وان كانت تسمح لهم بأن يفيدوا مما يعود عليهم بالمنفعة من دفاع أو دفوع .

وحاصل ما تقدم أن مخاصمة التركة في شخص أحد الورثة دون الباقين ليس لها سند من القاعدة الشرعية التي تقرر أن لا تركة الا بعد وفاء الدين — ولا سند لها من القانون ، وأن نتيجة هذه الحالة لا تكون ملزمة الا لمن انعقدت معه الخصومة وهو الوارث المعلن بها ولا تتعداه الى غيره من الورثة ولا حجية للحكم الصادر فيها بالنسبة اليهم .

٤٨/٣٩١ س مصر (٥٢/١١/٢٣) م ش ١١٦/٢٣

□■□

(المبدأ ١١) : يراعى في قسمة التركة على الأصول (اذا اتحد أولاد الصنف الثالث من أصناف ذوي الأرحام في الدرجة وكانوا كلهم أولاد عصبات) عدد فروعهم .

ان المنصوص عليه شرعا أنه اذا كان ولد الصنف الثالث من أصناف ذوي الأرحام كلهم أولاد عصبات واتحدوا في درجة القرابة — فان تركة المتوفى تقسم على الأصول مع اعتبار عدد الفروع وبناء على ذلك تكون تركة المتوفاة مقسومة على أخويها الشقيقين مع اعتبار أخيها الشقيق والد المدعى عليهما أخوين لتعدد فروعه — وعليه فيكون والد المدعية له سهم واحد ووالد المدعى عليهما له سهمان (أنظر مادة ٦٤٥ من قانون الأحوال الشخصية في الأحوال الشخصية لقدري باشا) .

٣٤/١١٣٣ بنا (٣٥/١٠/١٤) ت س م ش ٢٣٦/٧

□■□

(المبدأ ١٢) : تتعلق بتركة الميت حقوق أربعة بالترتيب الآتي : (١) تكفينه تجهيزه . (٢) ثم قضاء ديونه التي لها مطالب من العباد . (٣) ثم تنفيذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الديون . (٤) ثم تقسيم الباقي بعد ذلك كله بين ورثته .

حيث أن المنصوص عليه في معتبرات كتب المذهب أن تركة الميت يتعلق بها حقوق أربعة مرتبة وهي تكفينه وتجهيزه ثم قضاء ديونه التي لها مطالب من العباد ثم تنفيذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الديون ثم تقسيم الباقي بعد ذلك كله بين ورثته .

٣٤/٣٨٥ ملوى (٣٥/٢/٢٦) م ش ٨٥٠/٧

□■□

(المبدأ ١٣) : لا تركة الا بعد سداد الديون .

مؤدى قاعدة « ان لا تركة الا بعد سداد الديون » أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف اليهم ما دام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة ، أما اذا كان الدين قد انقضى بالنسبة الى أحد الورثة بالتقادم فان لهذا الوارث ـ اذا ما طالبه الدائن قضائيا ـ أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة اليه ، كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة الى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذين انقطع التقادم بالنسبة اليهم متى كان كل الالتزام بطبيعته قابلا للانقسام .

نقض ٢٦/٤٩٥ ق (٦٢/٦/٧) س ١٣ ص ٧٧٥

□■□

(المبدأ ١٤) : الاستحقاق فى التركة بالوصية ـ شرطه ـ تحديد الحكم لمقدار التركة ـ لا محل له الا اذا قام المورث باعطاء المستحق نصيبه بغير عوض .

النص فى المادة ٧٦ من قانون الوصية رقم ٤٦/٧١ على أنه « اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث والا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وان كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله » يدل على أن المشرع قرر وصية واجبة فى حدود ثلث التركة للأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أحد والديهم طالما لم يوص الجد لفرع ولده المتوفى بمثل نصيب ذلك الولد بشرط أن يكونوا غير وارثين والا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض ما يساوى الوصية الواجبة ، فان أعطاهم أقل من نصيب أصلهم كمل لهم بالوصية الواجبة ذلك النصيب ، مما مفاده أن تحديد قدر التركة التى خلفها المتوفى لا يكون له محل الا اذا تم الايصاء والاعطاء بغير عوض للفرع ليتسنى التحقق ما اذا كان ذلك التصرف فى حدود ثلث التركة ، وما اذا كان مساويا لنصيب الولد المتوفى قبل والده أم لا .

نقض ٤٣/١ (٧٦/٣/٣) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٥) : اعيان التركة . جواز تملك احد الورثة نصيب غيره فيها بالتقادم المكسب بمضى ١٥ سنة متى توافرت شروطه القانونية .

ليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة اذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون . فاذا كان النزاع فى الدعوى يقوم - لا على حق الارث - وانما على عين من اعيان التركة بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فان الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه على أن مدة التقادم المكسب خمسة عشر عاما يكون قد أصاب صحيح القانون .

نقض ٤٤/٨٢٥ ق — س ٣٠ ص ٥٤١

□■□

(المبدأ ١٦) : لا محل للقول بالشخصية المعنوية للتركة المدينة اذا كان النزاع بين الخصوم متعلقا بحق الارث ذاته .

ان القول بأن التركة وحدة قانونية لها فى القانون مقومات الشخص المعنوى أساسه قول من قال فى الفقة الاسلامى بأن التركة المدينة تبقى ما بقى دينها على حكم ملك الميت . وهذا القول وما أسس عليه لامحل له حيث يكون النزاع المطروح على القضاء قائما بين خصوم انما يتنازعون حق الارث ذاته - أى حق الاستحقاق فى التركة - فيدعى بعضهم أن التركة كلها لهم لانحصار حق الأرث فيهم ، ويدعى بعض أن التركة شركة بينهم وبين خصوم لانهم يرثون معهم . ذلك أن التركة من حيث اعتبارها وحدة قانونية ليست خصما فى النزاع ، وانما هى موضوعه ومحله . ومتى كان ذلك كذلك وكان البحث فى شخصية التركة ذاتها بحثا مقحما على دعوى ليس للتركة شأن فيها وانما الشأن كل الشأن للمتنازعين واذن فالحكم الذى يؤسس قضاءه بعدم اختصاص المحاكم الوطنية على جنسية الخصوم المتنازعين على التركة هو حكم صحيح قانونا .

نقض ١٦/١٤٠ ق — (١٩٤٨/٦/٣٤)

□■□

(المبدأ ١) : التزوير فى الأوراق العرفية ـ ماهيته .

التزوير فى الأوراق العرفية هو تغيير الحقيقة فى المحرر بقصد الغش وباحدى الطرق التى عينها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا وتغيير المحررات بعد ضمن طرق التزوير المنصوص عليها فى المادة ٢١١ من قانون العقوبات ، ويتسع هذا الطريق من طرق التزوير لكل تغيير له اثر مادى يظهر على المحرر بعد تحريره بما فى ذلك ازالة جزء من المحرر بالقطع او التمزيق لاعدام بعض عباراته بنية الغش .

نقض ٣٢/١٦٥ ق (٦٧/١٧) س ١٠١/١٨

□■□

(المبدأ ٢) : شرط قبول الادعاء بالتزوير .

يشترط لقبول الادعاء بالتزوير أن يكون منتجا فى النزاع ، فان كان غير ذى أثر فى موضوع الدعوى تعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبوله دون أن تبحث شواهده أو تحققها ، اذ من العبث تكليف الخصوم باثبات ما لو ثبت بالفعل ما كان منتجا نتيجة ما فى موضوع الدعوى .

نقض ٣٢/٢٢٧ ق (٦٧/٣/١٦) س ٦٦٥/١٨

□■□

(المبدأ ٣) : المصلحة فى الدعوى شرط لقبولها ـ لا يلزم ثبوت الحق لتوافر المصلحة ـ يكفى ان تكون له شبهة حق . جواز دعوى تزوير اصلية .

اذا كانت المصلحة فى الدعوى لا تهدف الى حماية الحق واقتضائه فحسب بل قد يقصد بها مجرد استيثاق المدعى لحقه بحيث لا يلزم أن يثبت الحق له حتى تقبل دعواه بل يكفى أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء فقد أجاز المشرع تأسيسا على ذلك بالمادة ٢٩١ من قانون المرافعات (مادة ٥٩ من قانون الاثبات) لمن يحتج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها وذلك قبل أن يتمسك بالورقة فى مواجهته ويكون ذلك بدعوى تزوير أصلية تقتصر مهمة المحكمة فيها على القضاء بصحة الورقة او تزويرها .

نقض ٣٥/٢٩٦ ق (٦٩/٦/١٧) س ٩٧٠/٢٠

(المبدأ ٤) : وجوب تحديد مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير والا كان التقرير باطلا .

ان المادة ٢٨١ مرافعات (٤٩ اثبات) اوجبت على مدعى التزوير تحديد كل مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير الذى يحرر فى قلم الكتاب والا كان التقرير باطلا والمعول عليه فى تحديد مواضع التزوير هو تقرير الطعن بالتزوير ، ولا يجوز لمدعى التزوير ان يضيف فى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه أمام المحكمة مواضع أخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير لأن ذلك منه يكون ادعاء بتزوير بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير فى قلم الكتاب .

نقض ٤٢٧/٣٤ ق (٦٨/٥/٣٠) س ١٩/١٠٤٦

□■□

(المبدأ ٥) : لقاضى الموضوع سلطة تقدير ادلة التزوير .

لقاضى الموضوع سلطة تقدير أدلة التزير ولا يلزمه القانون باجراء تحقيق متى اطمأن الى عدم جدية الادعاء بالتزوير ووجد فى وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لاقناعه بصحة الورقة المدعى تزويرها .

نقض ٣٦/٣٢ ق (٦٦/٣/٢٨) س ١٧/٧٤١

□■□

(المبدأ ٦) : النزول عن التمسك بالورقة بعد الادعاء بتزويرها .

النزول عن التمسك بالورقة بعد الادعاء بتزويرها يجعلها غير موجودة وغير منتجة لأى اثر قانونى .

نقض ٢٧/٣٢ ق (٦٧/١/١٩) س ١٨/١٥٧

نقض ١١/٣٦ ق (٦٨/٥/٢٢) س ١٩/٩٧٥

□■□

(المبدأ ٧) : للمدعى عليه فى تزوير ورقة ان ينهى اجراءات الادعاء بالتزوير فى اية حالة تكون عليها هذه الاجراءات .

لمن ادعى ضده بتزوير ورقة مقدمة منه أن ينهى اجراءات الادعاء بالتزوير فى اية حالة تكون عليها هذه الاجراءات بنزوله عن التمسك بتلك الورقة ، وذلك بغير توقف على قبول مدعى التزوير ، ولا يكون لهذا سوى ان يطلب من المحكمة ضبط الورقة او حفظها متى كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك .

نقض ٣٦/٣٢ ق (٦٦/٣/٢٨) س ١٧ /٧٤١

□■□

(المبدأ ٨) : ليس لمدعى التزوير الذى ينكر صدور الورقة كلها منه والتى نزل المطعون ضده عن التمسك بها ان يستدل بشىء مما حوته .

مادام الطاعن قد أسس ادعاءه بالتزوير على انكار صدور الورقة كلها منه ، وطعن فى التوقيع المنسوب اليه عليها بالتزوير فانه لا يكون له بعد ذلك وبعد ان نزل المطعون ضده عن التمسك بهذه الورقة ان يستدل بشىء مما حوته ، اذ أن هذا الاستدلال يتنافى مع ادعائه بتزوير ما هو موضوع للاستدلال ، وانما يكون لمدعى التزوير بعد نزول خصمه عن التمسك بالورقة المدعى بتزويرها أن يتمسك بما لم يدع تزويره من الورقة لو كان التزوير المدعى بهواردا على جزء منها فقط .

نقض ٣٢/٢٦ ق (٦٦/٣/٢٨) س ٧٤١/١٧

□■□

(المبدأ ٩) : قاضى الموضوع هو الخبير الأعلى فيما يتعلق بوقائع الدعوى .

لقاضى الموضوع أن يبنى قضاءه بصحة الورقة على نتيجة المضاهاة التى يقوم باجرائها بنفسه دون الاستعانة بخبير لأن القاضى هو الخبير الأعلى فيما يتعلق بوقائع الدعوى المطروحة عليه ولم يلزمه القانون عند الادعاء بتزوير اى ورقة بأن يستعين فى فحصها بخبير بل أجاز له ذلك عند الاقتضاء .

نقض ٣٢/١٥٦ ق (٦٦/٥/١٢) س ١٠٩٦/١٧

□■□

(المبدأ ١٠) : عدم جواز الحكم بصحة الورقة المطعون فيها بالتزوير وفى موضوع الدعوى معا ـ علة ذلك .

المادة ٢٧٦ من قانون المرافعات السابق (٤٤ من قانون الاثبات) تنص على انه « اذا قضت المحكمة بصحة الورقة او بردها أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحتها اخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال او حددت لنظره أقرب جلسة » ومفاد ذلك انه لا يجوز الحكم بصحة الورقة وفى الموضوع معا، بل يجب أن يكون القضاء سابقا على الحكم فى الموضوع حتى لا يحرم الخصم الذى اخفق فى اثبات تزوير الورقة من ان يقدم ما عسى ان يكون لديه من مطاعن على التصرف المثبت فيها ، اذ ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف او صوريته بعد الاخفاق فى الادعاء بتزوير الورقة المثبتة لهذا التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من

الطعنين عن الآخر ، اذ يقتصر الأمر فيالادعاء بالتزوير على انكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، فاذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة اسـناد التصرف الى المتصرف فان ذلك لا يقضى بطريق اللزوم أن يكون هذا التصرف صحيحا وجديا .

نقض ٣٧/٢١٢ ق (٧٢/٣/٢١) س ٢٣
نقض ٢٩/١٣ ق (٦ /٧٤/٢) س ٢٥

□■□

(المبدا ١١) : عدم سلوك الخصم سـبيل الادعاء بالتزوير . التفات المحكمة عما اثاره منتزوير العقد ـ لا خطا .

اذا كان الطاعن لم يسلك السـبيل الذى رسمه القانون فى المواد من ٤٩ الى ٥١ من قانون الاثبات للادعاء بالتزوير ، ولم يحـدد فى مذكـرته المقدمة لمحكمة الموضوع مواضع وكنه العبارات التى اضيفت ، حتى تتبين مدى انتاجيتها وتعلقها بالنزاع المعروض ، فان من حق محكمة الموضـوع الالتفات عمـا اثاره من تزوير العقـد وتعتبره صحيحا مادامت لم تر من الحكم الصادر برفض دعواه طاعة زوجته المستانفة لعـدم أمانته عليهـا ان ظروف الدعوى وفقاللمادة ٢٨ من قانون الاثبات ما يشير الى تزويره .

نقض ٤٨/٦٤٣ ق ج (٧٩/٦/٢) س ٢٠ ص ٢٥

□■□

تطليق

(المبدأ ١) : يجاب طلب الزوجة التطليق على زوجهـا لامتناعه عن الانفاق باعترافه بهذا الامتناع .

وبما ان المستانف اعترف بانه موسر يسارا يمكنه من قيامه بنفقة زوجته من فائض كسـبه ، وان له مال ، وانه غير قائم بالانفاق على زوجته المستانفة لما زعمه من نشوزها عن طاعته واصر على عدم الانفاق حتى تعود الى طاعته . وبما انه تبـين من صـورة الحكم الصـادر فى الاستئناف أن محكمة الاسـتئناف رفضت استئنافه بالطاعة ومادامت الصـفة التى من اجلهـا رفضت دعواه الطاعة فيها قائمـة به وما دام حكم الرفض باقى الأثر ـ وبما انه على فرض ان المستانفة غير مطيعة لزوجها المستانف عليه. وبما أن اصرار المسـتانف عليه على عدم الانفاق على زوجته مع يسـاره والحالة هذه موجب لطلاقها منه عملا بالمادة رقم ٤ من القانون ٢٥ سـنة ١٩٢٠ (١) .

٢٣/٣٠٦٠ س ك مصر (٣٤/١٢/١٩) م ش ٦/٤٠٠

□■□

(المبدأ ٢) : اذا اعذر الزوج فى الانفاق ولم يدفع فطلق القاضى عليه للاعسار لا يلغيه استعداده للانفاق وتقـدمه بعد ذلك بالمال امام الهيئـة الاستئنافية وان كان الاستئناف مما يجـدد الدعوى ـ الا انه لا يشـمل ما فات بوقته ولا يمكن تداركه كالطلاق .

لا اعتبار لتقديم النفقة الآن بعد أن فوت المستانف على نفسـه مدة الأجل المضروب له أمام محكمة أول درجة فلم ينفذه ولم يقدم النفقـة ولم يطعن فى قرار الأجل ولم يبد الآن طعنا فى الموضـوع فتقـديمه النفقة بعد هذا فى غير وقته الذى حدده القانون لا يؤثر فى هذا كون الاستئناف يعيد الدعوى لأن هذا خاص بما يوجه على الموضـوع ولم يفت بفـوات وقتـه ويترتب عليه تدارك ما فات وهذا غير متات لتفويت المستانف على نفسـه

□■□

---

(١) مادة : اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى فى الحال . وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان اثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر .. فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

الغرض المقصود والحاجة الى النفقة قائمة من جهة المستأنف عليها ولم تندفع من قبل الزوج المأمور بادائها .

٢٥/٣٢٢ س ك اسيوط (٣٦/١١/٨) م ش ٢٧٥/٥/٨

□■□

(المبدا ٣) اذا تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق فى الغيبة القريبة حكم القاضى بالتفريق بدون اعذار الحاقا للغيبة القريبة بالغيبة البعيدة .

حيث ان المحكمة قررت الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق على المدعية النفقة الحاضرة الواجبة لها وضربت له اجلا لذلك طبقا لما اشتمل عليه القرار المذكور — ومن حيث أن قرار الاعذار تعذر وصوله الى المدعى عليه بعد تكرار ارساله للتنفيذ ثلاث مرات — ومن حيث ان المحاكم اختلفت آراؤها فى هذا الموضوع فبعضها اعتبر الاجراءات التى تمت قبل تعذر الاعذار ملغاة وكلفت المدعية باعادة اعلانه فى مواجهة النيابة على اعتبار ان المدعى عليه معسر غائب — وبعضها أعذر اليه فى مواجهة النيابة وفرق بين المتداعيين بعد ذلك — وبعضها فرق بدون اعذار — ومن حيث ان الأخذ بالرأى الأول غير وجيه لأن الاجراءات التى تمت وانتهت بصدور قرار الاعذار أصبحت حقا مكتسبا للمدعيه وتكليفها باعادة الاعلان ثانية ارهاق ولا يوجد ما يبرره وتضييع لحق مكتسب والأخذ بالرأى الثانى أشبه الأشياء بالعبث لأن الاعذار فى مواجهة النيابة لا يحقق الغرض منه لأنه يراد به حمل المدعى عليه على الانفاق فى أمر معين بحيث اذا لم ينفق طلق عليه و هذا ما لا يمكن تحققه بواسطة الاعذار الى النيابة . ومن حيث ان المحكمة ترى أن الرأى الثالث هو أحق الأراء بالتطبيق لأن التشريع قضى أنه عند الغيبة البعيدة يسوغ التفريق بدون اعذار (تراجع الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٠ والعلة فى ذلك أن تعذر الاعذار فى الغيبة القريبة يوجب الحاق الغيبة القريبة بالغيبة البعيدة فى الحكم لاتحاد العلة فيهما) .

٣٣/٥٧٦ المحلة (٣٤/٥/٢٦) م ش ١٨٣/٦

□■□

(المبدا ٤) : دعوى امتناع الزوج عن الانفاق فى طلب التطليق للضرر لا تقبل — وانما ترفع طبقا للقانون ٢٥ سنة ٩٢٩ .

طلبت المدعية التطليق بائنا طبقا للمادة السادسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ من زوجها على سببين أولهما أنه الجاها الى الاحتراف بحرفة التمثيل والثانى أنه ممتنع من الانفاق عليها مع يساره وكسبه من هذه المهنة — وبالنسبة للسبب الأول فقد ظهر من اقوالها انها اشتغلت مع زوجها

المدعى عليه بالتمثيل من تاريخ زواجها فهى اذن راضية بتنفيذ رغبته وفضلا عن ذلك فقد ثبت انها تشتغل بالغناء فى الافراح العامة مع شخص اجنبى ومثل هذه لا تتضرر من الغناء ولا من التمثيل الى الحد المقرر فى المادة السادسة المذكورة وهو أن يكون الضرر بحيث لايستطاع معه العشرة بين أمثالها ـ وبالنسبة للسبب الثانى وهو عدم الانفاق فقدثبت باقرار المدعيه ان زوجها ليس له مال ظاهر فعلى فرض صحة ما قررته من أنه موسر بكسبه وممتنع عن الانفاق عليها طوال هذه المدة فان هذه الحالة وضع لها نص فى القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ وهو ما ورد فى المادة الرابعة منه وحكم الطلاق الذى يترتب على هذه الحالة انه طلاق رجعى ـ هذا ولا يتصور أن الامتناع عن الانفاق ضرر لا يستطاع معه العشرة بين هذين المتداعيين بدرجة توجب التطليق البائن الا اذا كان الزوج يمتنع من الانفاق حتى عند اتخاذ جميع الوسائل الجبرية فى التنفيذ عليه .

٢٩/٤٣٢ المحلة (٣٠/٣/١١) م ش ١/٨١٨

□■□

(المبدا ٥) : الضرر بامتناع المدعى عليه عن دفع النفقة يدفعه تنازل الزوجة عن النفقة .

طلب التطليق للضرر بامتناع المدعى عليه عن دفع النفقة يدفع بتنازل الزوجة عن هذه النفقة لأنها به تكون متناقضة لا تقبل دعواها .

٢٩/٩٦ الواسطى (٣٠/١٠/٢٦) م س ١/٣٦٠

□■□

(المبدا ٦) : لا يرفع الضرر بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق بعرض نفقة شهر بعد امتناع اشهر وبعد الاعذار بالطلاق ـ والقاضى هو الذى يقدر كفاية اليسار وعدمه ، وحقيقة الاستعداد للانفاق .

اليسار لايثبت بمجرد عرض نفقة شهر بعد الامتناع أشهر ، وبعد خصومة وقضاء ودفوع وامتناع وثبوت اعسار ، انما هذا بالهزل أشبه منه بالجد ، والى الباطل أقرب منه الى الحق ، وفى هذا تعريض القوانين للعبث بما وضعت لدفعه ، وتوجيهها الى اغراض ابعدما تكون من الغاية فى تشريعها، وواجب القاضى حماية القوانين من عبث المتقاضين بها : وهو الذى يقدر ما اذا كان ما يقدمه الزوج قل او كثر كافيا لاثبات يساره او غير كاف وما اذا كان مستعدا حقيقة للانفاق او غير مستعد .

٣٨/٢١٩ س ك اسكندرية (٣٩/٤/٢٥) م ش ١٠/٨٢٥

□■□

(المبدا ٧) : اذا اصر المدعى على عدم الانفاق رغم امره به ، طلق عليه القاضى فى الحال .

اذا تصادق الطرفان على الاعسار وأصر المدعى عليه على عدم الانفاق مع أمره به ، طلق عليه القاضى فى الحال بدون امهال — وما يفيده تفسير الوزارة للمادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ مخالفا لذلك ، ينبغى عدم الأخذ به ، لانه انما يمهل من يرغب فى الانفاق ويعوقه الاعسار .

٤٢/١٢٧٧ جرجا (٤٣/٦/٢٨) م ش ٢٣٥/٩/١

□■□

(المبدا ٨) : من حالات يسر الزوج أن يكون مقيما مع والده الموسر فى معيشة واحدة ، وهذا لا يتنافى مع ما ورد بالمادة ١٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ التى ناطت تقدير نفقة الزوجة على زوجها بحسب حاله يسرا أو عسرا .

من حيث أن العرف قد جرى بأن الآباء يتحملون النفقة عن الأبناء المقيمين معهم فى معيشة واحدة ، فيعتبر الزوج قادرا عليها بذلك وموسرا بيسار أبيه ، كما حقق ذلك العلامة ابن عابدين فى الجزء الثانى من رد المحتار ، وقد اعتبر الفقهاء الزوج قادرا على المهر بيسار أبيه وامه وجده ، وقالوا ان العرف معتبر شرعا ، وقد تدور الأحكام على اعتباره وحينئذ فلا منافاة بين ذلك وبين ما نصت عليه المادة ١٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ التى اناطت تقدير نفقة الزوجة على زوجها بحسب حاله يسرا وعسرا ، اذ أن من حالات يسر الزوج أن يكون مقيما مع والده الموسر فى معيشة واحدة كمانص على ذلك الفقهاء والناس قد جرت عاداتهم على أن يتفاخروا بتوسيع النفقة ويتعيرون بتقتيرها ويتألمون منها اذا لم تكن مناسبة .

٣٦/٣٣٤ فوه (٣٧/١١/٢٨) ت س م ش ٤٤٨/٩

□■□

(المبدا ٩) : ترفض دعوى الزوجة التطليق للامتناع عن الانفاق متى كانت ناشزا وقاصدة بدعواها الكيد .

وحيث انه تبين بوضوح وجلاء أن قضية التطليق كانت مدبرة للكيد والهروب من تنفيذ حكم الطاعة مع ارتكاب التدليس ووقوفها سدا منيعا فى تنفيذ حكم الطاعة ، وما ذكر كله يدل دلالة واضحة لا تقبل الشك أن حكم التطليق صدر فى غير محله ، وان أعذر المعارض لأن الاعذار لاتخرج عن تكليفه الانفاق عليها سواء كان بنفسه أو بارسال النفقة لها . وهذا

طبعا لا يكون صحيحا الا فى حالة عدم النشوز وعدم الانفاق ، أما فى حالة النشوز وفى حالة الانفاق وارسال النقود وطلب السفر اليه تنفيذا لحكم الطاعه النهائى فلا يكون للاعذار وعدم تنفيذه قيمة يعول عليها وتكون دعوى الاشكال مستحقة للرفض كما أن حكم التطليق يستحق الالغاء .

١٣/١٢٥٤ الأقصر (٣٢/١٢/٨) ت س م ش ٤٧٠/٤

□■□

(المبدأ ١٠) : الحكم بالنشوز لا يدفع دعوى التطليق للاعسار متى ثبت أن المنع من الطاعة من قبل الزوج .

لا يندفع دعوى الزوجة التطليق للاعسار بسبق الحكم بمنعها (للنشوز) من المطالبة بالمقرر لها عن مدة ماضية متى ثبت أن المانع من الطاعة بعده آت من قبل الزوج .

٣٣/١٠٤٩ الفيوم (٣٤/٦/٥) م ش ٧٩٠/٦

□■□

(المبدأ ١١) : لا تطلق الزوجة للاعسار اذاكان لها كفيل موسر وله مال ظاهر .

ان غاية القانون ٢٥ سنة ٩٢٠ من التطليق للاعسار هي عدم ارهاق الزوجة وتركها مقيدة بأغلال لا تستطيع معها الوصول الى ما تنفق منه ؛ فيكون ذلك مدعاة الى الفساد ، ولذا اشترط القانون المذكور عدم جود مال ظاهر للزوج فانها اذاوجدت مالا ظاهرا له أمكن التنفيذ عليه فلا يتحقق شرط التطليق للاعسار .

٣١/٣٤٩/ سنورس (٣١/١/٢٠) ت س م ش ٥٦٩/٣

□■□

(المبدأ ١٢) : ترفض دعوى التطليق للاعسار متى كانت المدعيه ناشزا .

حيث أن المدعى عليه اثبت الدفع بنشوز المدعية عن محدود حكم الطاعة النهائى بما قدمه ولم تبد المدعيه نحو هذه الأدلة شيئا معتبرا بل صرح وكيلها بأنها خارجة عن مسكن الطاعة وبذا تكون ناشزا — ومن حيث

ان النشوز مانع شرعا من طلب التطليق للاعسار اذ أن الطاعة شرط من شروط صحة دعواه ويتعين رفض الدعوى .

٣١/٧٨ كوم حماده (٢١ /٣٢/٣) ت س م ش ٩٧/٤

□■□

(المبدأ ١٣) : الامتناع عن الانفاق لا يجيز طلب التطليق بائنا للضرر

امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته لا يجيز لها طلب التاطليق منه بائنا للضرر ، بل يطبق عليه المادتين الرابعة والخامسة ق ٢٥ سنة ٩٣٠ .

٥١/١٧١ منوف (٥١/٣/٦) م ش ٣٠/٤٣٤

□■□

(المبدأ ١٤) : يجاب طلب الزوجة التفريق للعيب متى ثبت .

حيث تبين ان الزوج قد حجر عليه للعته واقيمت المدعى عليها قيمة عليه ـ وحيث اننا اقمناها وصى خصومة عنه فى هذه الدعوى وحيث ان التقرير الطبى يدل على أن الزوج السابق عنده حالة جنون ناشئة من تعاطى مواد مخدرة وانه لا يمكن الآن معرفة ما اذا كان سيشفى من هذه الحالة التى عنده أولا ولا معرفة المدة التى سيشفى فيها اذا كان مقدرا له الشفاء بل لا يمكن معرفة ماذا كانت حالته تتحسن من العلاج أو لا تتحسن وأن زوجة هذا المريض لا يمكنها الاقامة معه ، مع أنه معظم أوقاته فى سكون وهدوء لأنه بطىء الفهم والذاكرة ويخلط فى كلامه بين بعض الموضوعات وبعضها الآخر ولا يمكن لزوجته التفاهم معه . كما أنه لا يمكن أن يفهم او يدرك واجبات الزوجة على الوجه الموضح به ـ وحيث انالمادة ٩ ق ٢٥ سنة ٩٢٠ توجب التفريق بين الزوجين اذا كان بالزوج عيب مستحكم لا يمكن البرء منه او يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون ـ وحيث ان التقرير يدل على أن الحالة التى عند هذا الزوج تستوجب التفريق بينه وبين زوجته عملا بالمادة التاسعة ـ وحيث أن المحكمة استعانت بالتقرير عملا بالمادة ١١ من القانون السابق ـ وحيث أن التفرقة بالعيب طلاق بائن طبقا للمادة ١٠ من القانون .

٣١/١٥٤٦ بورسعيد (٣٢/١١/٣٠) ٦/٤١١

□■□

(المبدا ١٥) : حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل — شرطه .

النص فى المادة التاسعة من القانون ١٩٢٠/٢٥ بشأن احكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على انه « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجزام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » . ونصت المادة الحادية عشرة « يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها » . يدل على ما جرى به قضاء النقض — على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج ان ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الاقامة معه الا بضرر شديد ، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر وفضل الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ، ومدى الضرر الناجم عن الاقامة مع وجوده ، كل ذلك شريطة الا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة — ولما كانت المذكرة الايضاحية للقانون — قد أوضحت ان التفريق للعيب فى الرجل قسمان ، قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب ابى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه ، وقسم جاء به القانون وزاده على ماكان معمولا به وهو التفريق بكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه الا بضرر ، وكان ما نصت عليه المادة ١١ السالف ذكرها من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما اذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشار اليها ، ومدى الضرر المتوقع من المرض وامكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك ، وما اذا كان مسوغا لطلب التطليق أو لا ، وكان القانون رقم ٩٢٠/٢٥ قد سكت عن التعرض للاجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول الى الحكم بالفرقة ، ولم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض أو يبين ما يرتبه على تقارير اهل الخبرة من الاطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . لما كان ذلك — وكان المقرر فى المذهب انه اذا ادعت الزوجة على زوجها انه عنين وأنه لم يستطيع مباشرتها بسبب هذا العيب وثبت انها لازالت بكرا وصادقها الزوج على أنه لم يصل اليها فيؤجله القاضى سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما اذا كان عجزه

عن مباشرة النساء لعارض يزول او لعيب مستحكم . وبدء السنة من يوم الخصومة الا اذا كان الزوج مريضا او به مانع شرعى أو طبيعى كالاحرام والمرض فيبدأ من حين زاول المانع ، ولا يحسب من هذه السنة ايام عيبها او مرضها أو مرضه ان كان مريضا مرضا لا يستطاع معه الوقاع ، فان مضت السنة وعادت الزوجة الى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل اليها طلقت منه .

نقض ٤٤/١٣ ق (٧٦/٢/١١) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٦) : تقبل الدعوى من الزوجة باصابة زوجها بمرض معد يخشى من بقائها معه الضرر حتى اذا ثبت ذلك فرق القاضى بينهما .

وحيث ان المادة ١١ ق ٢٥ سنة ٩٢٠ تدل على انه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ النكاح من أجلها ــ وحيث ان أهل الخبرة قرروا أن المدعى عليه غير مصاب ــ ومن حيث انه لم يظهر ان المدعى عليه مريض بهذاالمرض ــ والمحكمة اقتنعت كل الاقتناع من تقارير الأطباء ــ ومن طلب المدعية الطلاق نظير الابراء أو من كل شىء حتى من نفقة الأولاد ، أن هذه الدعوى كيدية ولا تركن على أساس صحيح .

٣١/٥١٩ بورسعيد (٣٢/١/١١) م ش ٥ /٩٠٥

□■□

(المبدأ ١٧) : لا يجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها به ورضاؤها بمعاشرته وهو على هذه الحالة .

حيث انه تبين من قرار المجلس الحسبى أن زوجها المحجور عليه قدحدث به عيب هو مرض الجنون المطبق وأن وكيلها اذ ذاك طلب تعيين المدعية قيمة عليه ورأى المجلس تعيين المدعى عليه قيما ــ وحيث ان هذا يدل على أن المدعية وقد حدث عيب الجنون المطبق بزوجها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاءا جعلها تطلب بلسان وكيلها تعيينها قيمة عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضاء ذاتها ، انها بعد ذلك مكثت بجواره نحوا من تسع سنوات لم تطلب التفريق بينها وبيين زوجها لحدوث الجنون به وأيدت ذلك المدعية ، واقرت به أمام المحكمة حيث سببت طلبها الطلاق بأنها لا ترغب الطلاق لذات نفسه بل لأن المدعى عليه بصفته قيما على زوجها لم يؤد لها النفقة الأداء الذى ترتاح اليه نفسها وقررت انه لو أراحها فى أداء النفقة لا تطلب الطلاق وحيث ان المادة التاسعة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٠ نصت على أنه لا يجوز التفريق اذا حدث للزوج عيب

كالجنـــون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعـد العـلم به ــ وحيث أن رضاء المدعية بذلك العيب فيه العلم وهو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبى وبما قررته المدعية نفسها امام هـذه المحكمة .

٣٢/٦٥ مغاغة (٣٣/٢/٢٥) م ش ٦/٧٥٤

□■□

(المبدأ ١٨) : العنة تجعل للزوجة حق طلب التطليق .

العنة من العيوب الشرعية التى تجعل للزوجة حق طلب التفريق .

٣٣/٢٨٥ الأقصر (٣٣/١٢/٢١) م ش ٦/٧٢

□■□

(المبدأ ١٩) : اذا وصل الزوج زوجته ولو مرة واحدة فى حياته زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته حق طلب التفريق بينهـا وبينه بسبب هذا الوصف .

حيث انه من الرجوع الى وثيقة زواج المتداعيين ظهر أن المدعى عليه تزوج المدعية بكرا . ومن الرجوع الى عريضة الدعوى ظهر ان المدعيه تقرر أنه ازال بكارتها باصبعه فأصبحت ثيبـا ــ وقد نص الفقهـاء على انه اذا قالت وجدته عنينا وأنكر ذلك وادعى وطأها وكان قد تزوجها بكرا وثبت من كشف الأمنية عليها أنها ثيب فالقـول له بيمينـــه . وكذا الحال فيمـا لو وجدت ثيبا وزعمت زوال البكارة بسبب اصـبعه لأن الظاهـر زوالهـا بالوطء لا بسبب غيره ــ وحيث أنه ظاهر من كلام الفقهاء أن توجيه اليمين الى المدعى عليه انما يكون حالة انكار المدعية لوطئه ، أما وقد قررت أنـه دخل بها وعاش معها سـبعة ايام وكان يصـلها فى كل ليلة من لياليهـا فلا يكون هناك حاجة الى توجيه اليمين اليه والتشريع الجـديد لم يتعـرض بشىء جديد لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل ابقى الحكم فيـه لمذهب الامام أبى حنيفة والنص صريح فى أن الزوج اذا وطىء زوجته ولو مرة واحدة تبطل عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته حق فى التفريق بينها وبينه بسببها .

٢٣/٢٨٥ الأقصر (٣٣/١٢/٢١) م ش ٦/١٧٢

□■□

(المبدأ ٢٠) العته لا يدخل فى عداد العيوب التى يفرق بسببها بين الزوجين بمقتضى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٠ .

نصت المادة التاسعة من القانون ٢٥ سـنة ٩٢٠ على انه يشـترط فى العيب الذى يجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجهـا الا ترضى به

صراحة او دلالة على انه يشترط فيه الا يمكنها المقام معه الا بضرر . ومن حيث ا ن العتة لا يتحقق فيه ذلك اذ المعتوه شرعا هو قليل الفهم مختلط الكلام ولا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة - ومن حيث انه مع التسليم ان وجود هذه الحالة بالزوج فيه اضرار بالزوجة فقد قرر وكيلها أنها كانت قيمة عليه وهو بهذه الحالة وقبولها لأن تكون قيمة عليه فيه رضا دلالة بهذا العيب فليس لها بعد طلب التفريق .

٢٤/٤١ امبة (٢٥/١/١) م ش ٢٠٥/١

□■□

(المبدأ ٢١) : التطليق للضرر شرع للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات مادامت الاساءة آتية من الزوج .

وحيث أن الحكمة والغرض من الزواج انما هو دوام الألفة والمحبة والاخلاص بين الزوجين فتشهير الزوج بزوجته يتناقض مع هذه الحكمة ويتنافى مع ذلك الغرض . وبما أن التطليق للضرر انما شرع للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات مادامت الاساءة آتية من الزوج وبما أن المضارة التى شرع التفريق بين الزوجين بسببها تختلف باختلاف الزوجين بيئة واخلاقا وتربية فرب زوجة لا يعتبر ضربها من زوجها اضرارا لها بينما أخرى يكون مجرد هجرها او جرح عواطفها اضرارا بليغا بها ، ولذلك ترك تقدير الضرر الذى يلحق الزوجة ويترتب عليه التفريق للقضاء نظرا لاختلاف البيئات وتنوع التربية .

١٤١٤/٣٠ الجمالية (٣١/٩/١٧) ت س م ش ٤٧٥/٣

□■□

(المبدأ ٢٢) : المناط فى التطليق بسبب الضرر وقوع ذلك الضرر ولا دخل لكونه باختيار الزوج او قهرا عنه ، ولا يمنع من التطليق توقع زوال الضرر مادام الضرر قد وقع فعلا .

المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٠ قد أجازت التطليق للضرر وهو عام وقد ادعت المدعية ضررا خاصا (الهجر فى المضجع) من أفراد هذا العام وهو ذلك الهجر ولم تطلب التطليق للاعسار - ولا للحبس حتى يرد ما لوحظ على الدعوى بانه خاص بحالة الضرر الذى هو غيبة أو حبس ولم تكن هذه الدعوى كذلك ولا تلازم بين الهجر والغيبة اذ قد يهجر الزوج زوجته فى فراشها وهو مقيم معها فى مسكن واحد ويكون ذلك ضررا يباح معه التطليق كما قضت بذلك المذكرة التفسيرية لهذا القانون كما انه لاتلازم بين الهجر والحبس لأن القانون قيد الحبس الذى هو ضرر بكونه ثلاث

سنين مضت منها سنة ، ولم يشترط القانون شيئا من ذلك فى التطليق بسبب الهجر فلو هجرها وهو طليق خارج السجن كان من حقها ان تطلب التطليق ـ كما انه قد يكون غائبا أو سجينا ولا يعد ذلك منه هجرا لتوثق عرى المحبة والوداد ، أما ما قيل انالحبس عذر شرعى فلا التفات اليه لأن مدة الهجرالمدعى بها سبع سنين ولم تحصرها المدعيه فى مدة الحبس ولأن المذكرة التفسيرية لهذا القانون قد نصت على أن المناط فى التطليق وقوع الضرر ولا دخل لكونه باختيار الزوج أو قهرا عنه بل قد ذهب الى ان بعد الزوج عن زوجته بسبب طلب العلم او التجارة او انقطاع المواصلات أو الاسر لا يعد عذرا فأجاز لزوجة اى واحد من هؤلاء أن تطلب التطليق اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال يمكنها الانفاق منه ـ أما ما قيل من توقع خروجه من السجن فلا التفات اليه لأن ذلك لا يرفع الضرر الواقع بالفعل بسبب الهجر ولا يقتضى المعاشرة المشروعة .

٣١/٩٢٢ شبين القناطر (٣٢/١٠/٨) ت س م شد ٣٢٩/٤

□■□

(المبدأ ٢٣) : المناط الذى يجوز للزوجة ان تطلب التطليق من اجله هو لحوق الاذى بهـا من زوجها سواء فى بدنها او عرضـها ففسق الزوج لا يوجب تطليق زوجته ما لم يتعد أثره اليها .

المنصوص عليه فىمذهب الامام مالك رضى الله عنه وهو الذى اخذت منه المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ صريحة فى أن فسق الز.. لا يوجب التطليق مادام أثره لا يتعداه الى زوجته ففى حاشية الشيخ حجازى على مجمـوع الأمـير ص ٤٧٦ من الجزء الأول بيانا لقول الأمـير « ولها التطليق بثبوت الضرر » بما يأتى « قوله بثبوت الضرر . . . الخ » اى بقطع كلامه عنها او توليه وجهه عنها فى الفراش لا منـع حمام او نزاهات او تأديبها على الصلاة او سكر او تزوج عليها ا. هـ. وفى الرهونى ص ٢٥٠ جزء ٣ ما نصه (سئل ابن زرب فى صفر سنة ٣٧٧ عن جارية لقوم نكحهـا رجل طارىء من اهل الشر والفساد ، فانكر ذلك عليها أولياؤها وذهبـوا الى فسخ النكاح وقد كان بنى بها قال فلا سبيل الى حل النكاح أن كان قد دخل بها ، قيل له فلو لم يدخل ، فتوقف وقال : الذى لا اشك فيه انه اذا دخل لم يفسخ النكاح ، ثم قال والعمل على هـذا القـول (فسخ النكاح بالفسق) فى هذه الأزمنة صعب ويؤدى الى فسخ اكثر الأنكحة ، وقد اشار ابن بشـير الى هذا فقال وقد كان بعض اشـياخى يهرب من الفتوى بهذا ويرى انه يؤدى الى فسخ كثير من الأنكحة .. الخ . فالمناط

اذن فى الضرر الذى يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق بسببه هو اذى يصيبها فى بدنها او عرضها — فليس فسق الزوج بناء على ما تقدم موجبا للطلاق ما لم يتعد اثره لزوجته .

٣٣٣/٨٢٥ كرموز (٣٤/٥/٣١) ت س م ش ٧٨٨/٦

□■□

(المبدأ ٢٤) : معنى الضرر فى المادة ٦ ق سنة ١٩٢٩ .

نصت المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢ للمحاكم الشرعية على أن الزوجة اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها أن تطلب من القاضى التفريق ويقضى به اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما .

وحيث ان هذا القانون واضح فى وجوب أن يكون الضرر الموجب للتفريق ضررا خاصا ناشئا عن الشقاق والتنافر بين الزوجين لازما غير قابل للزوال لا تستطيع معه الزوجة دوام العشرة وأن يكون فى قدرة الزوج انزاله بهاأو ازالته عنها اذا شاء ، ولم يمنع نفسه من ايقاعه بالزوجة بل استمر دائما على انزاله والاقامة عليه ، وأن يكون فى مقدور الحكم معالجته ولم يمكنهما الزوج منذلك كما يستفاد ذلك من عنوان الفصل الذى اشتمل على هذا النوع من التفريق ومن المواد السابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة والحادية عشرة منذلك القانون .

٢٩/٩٨ العياط (٣٠/١/٦) م ش ٥٣٠/١

□■□

(المبدأ ٢٥) : المراد بالمادة ٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ هو المعاشرة الصالحة التى تنتج نسلا صالحا .

المراد بالمادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ هو المعاشرة الصالحة التى تنتج نسلا صالحا — فاذا أكره الزوج زوجته على الدعارة السرية — وتابت توبة نصوحا — وطلبت طلاقها من الزوج حتى لا يردها عن توبتها بما له من هيمنة عليها — أجيبت الى طلبها لأن المعاشرة التى بينهما على خلاف الشرع وعلى النقيض من المادة المذكورة .

٣٦/١٦٤٨ السيدة (٣٧/١٠/٧) م ش ٩١٩/١٠

□■□

(المبدأ ٢٦) : دعوى التطليق للضرر ـ يجب الرجوع فى اثباتها الى ارجح الاقوال فى المذهب الحنفى .

اثبات الضرر بشهادة رجلين او رجل وامرأتين.

المقرر فى قضاء النقض ان المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وان استمدت احكامها فيما يتعلق بدعوى التطليق للضرر من مذهب الامام مالك الا انها اذ لم تتضمن قواعد خاصة بطرق اثبات عناصرها فيتعين الرجوع فى شانها الى ارجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى احالت ايها المادة السادسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ ، ومن ثم يتعين لثبوت الضرر الموجب للتطليق قيام البينة من رجلين او رجل وامرأتين .

نقض ٤٧/١٥ ق　　　　س ٣١ ص ١٠٠٩ ج ١

□■□

(المبدأ ٢٧) : ضرر الزوج بزوجته امر تقديرى يقدره القاضى بحسب ما يرى من منزلة الزوجين وما يكون بين امثالهما طبقا للمادة ٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ .

ومن حيث أن المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ أوجبت على القاضى فى هذه الدعاوى ملاحظة منزلة الزوجين حتى يمكنه أن يقرر أن ما حدث بينهما تتأتى منه المعاشرة أو تتقوض به رابطتها فيصدر حكمه فى الأول برفض الدعوى حيث لا ضرر مما يحصل بين امثلهما أو يفرق بينهما لعدم انتظام حالهما بذلك ـ ومن حيث أن الخصمين فى هذه الدعوى من أسرتين عريقتين فى المجد والحسب ومعروفين للخاص والعام ـ وهى شخصيا ممن امتاز بالتثقيف والتعليم . ومن حيث انه مع حالتهما هذه يكون ما ثبت على المدعى عليه امام المحكمة الجزئية ، وما صدر منه فى عريضة دعوى الطاعة ، والملحق الخاص بدعوى ضم الأولاد المودعين فى القضية المستأنف حكمها كافيا لصدور الحكم بالتطليق ويكون الحكم المستأنف صحيحا لصحة أسبابه ـ ومن حيث انه عما تقدم فانه قد صدر من المدعى عليه امر اشد مما تقدم فى ايذاء المدعية وهو تقديمه بعض خطابات خاصة بما بينهما وتلك الخطابات سيطلع عليها غير واحد لا محالة واذا لاحظنا ان الله تعالى قد شدد النكير على من يريد أن يأخذ المهر الذى قدمه الى زوجته بعد أن افضى كل من الزوجين الى الآخر بما عنده قال « وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا» علمنا انه لا نقدم على افشاء السر الخاص الذى بينه وبين زوجته الا من تكون نفسه لها قد اخذ منه كل ماخذ واصبح لا يبالى بتلك العلاقة المقدسة .

٣٠٧/٢٣٥٨ س. ك مصر (٣١/١٢/٥)　　　　م ش ٣٢٩/٣

□■□

(المبدأ ٢٨) : التطليق للضرر شرطه م ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩
اقامة دعوى الطاعة لا يعد بذاته ضررا يبيح التطليق ــ علة ذلك .

يشترط للتطليق للضرر وفقا للمادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ايذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ايذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته اياها فى العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها . واذا كان الحكم المطعون فيه قد اسس قضاءه بالتطليق على قوله (وحيث انه قد مضى على عقد زواجهما اكثر من خمس سنوات ، ولم يدخل بها بل دب الخلاف بينهما واستحكم عقب العقد مباشرة ، وامتد الخلاف بالتشعب بينهما الى ساحات المحاكم من دعاوى طاعة ونفقة وغيرها ــ ترى المحكمة ــ ان هذه الزيجة لن يكتب لها التوفيق على ما شرع الله للزواج من تواد ورحمة ومودة واصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين) وكان هذا الذى خلص اليه الحكم لا يفيد اضرار الطاعن بزوجته المطعون عليها على النحو السابق البيان لأنه باقامته دعوى الطاعة انما يستعمل حقا خولته اياه الشريعة مما لا يعتبر بذاته من دواعى الاضرار .

نقض ٤٨/٤٨ ق ٨٣/٣/٢٢ لم ينشر

□■□

(المبدأ ٢٩) : ظهور تلفيق دعوى التطليق للضرر لا يمنع عند تكرار الدعوى ، تعيين الحكمين كما نصت عليه المادة ٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ .

حيث ان المحكمة الجزئية قررت رفض دعوى المدعية بانية ذلك على ظهور التلفيق وعلى أن انتداب الحكمين انما يكون فى دعوى غير ظاهرة التلفيق لكن المادة ٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ جعلت بعث الحكمين عند تكرر الشكوى وعدم ثبوت الضرر ، ، وظاهر أن عدم ثبوت الضرر يشمل ما اذا كان لم يكن هناك ضرر فى الواقع أو هناك ضرر فى الواقع وعجزت المدعية عن اثباته ــ ومن حيث انه يجب فى هذه الحالة تعيين حكمين طبقا للمادة المذكورة .

٢١٦٤/٣٠ ك مصر (٣٢/٤/٦) ت س م ش ٤/٢٢٨

□■□

(المبدأ ٣٠) : شرط التطليق للمادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

مؤى نص المادة السادسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ يدل على ان الشارع وان اشترط للتفريق فى هذه الحالة شرطان أولهما ان يثبت الضرر المدعى

به بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وثانيهما ان يعجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين المتخاصمين ، الا انه لم يستلزم المبادرة بالقيام بهذا الاصلاح قبل نظر الدعوى وسماع الشهود فيها او معاودة القيام به فى كل مرحلة من مراحل الدعوى . لما كان ذلك وكان الاصلاح بين الزوجين يقتضى التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسات المحيطة به ، وذلك قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم امكان اتيان الزوجة لأن القصر

نقض ٥١/٢٣ ق (١٩٨٢/٣/١٦) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٣١) : الضرر الموجب للتطليق . استخلاص ثبوته من شهادة شاهدى عيان ـ لا خطأ .

لما كان البين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بالتطليق على سند من هجر الطاعن للمطعون عليها دون عناصر الاضرار الأخرى التى استند اليها فى طلب التطليق ، واستخلص ثبوت الهجر من اقوال شاهديها فى التحقيق الذى أجرته محمكة اول درجة ، وكان البين ،من اقوال هذين الشاهدين انأحدهما وان شهد بالتسامع على بعض وقائع الضرر الأن ماشهد به من ضرر يتمثل فى طرد الطاعن للمطعون ضدها من منزل الزوجية وهجره لها جاء شهادة عيان وليس شهادة تسامع ووافقت شهادته شهادة العيان للشاهد الثانى فى هذا الصدد . فان الحكم اذ عول على ثبوت الضرر الموجب للتفريق على هذه البينة التى توافرت فيها شروط قبولها شرعا لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

نقض ٥٢/٦٣ ق ١٩٨٤/٥/٨ لم ينشر

□■□

(المبدأ ٣٢) : الضرر الذى نصت عليه المادة ٦ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ يشمل احوالا عدة منها سوء الخلق وهجر الفراش .

حيث ان المادة المذكورة لم يبين فيها نوع الضرر الموجب للتفريق فوجب الرجوع الى ماخذ المادة وهو مذهب الامام مالك ومنه يتضح ان فروع التطليق للضرر تكاد تجمع على أن الأصل فيها هو شكاية المرأة من هجر فراشها وعدم وقاعها فقد جاء فى باب الايلاء من كتاب الشرح الكبير متنا وشرحا ما نصه : « واجتهد » الحاكم بلا ضرب اجلا ايلاء وطلق على الزوج فى حلفه لأعزلن عنها بأن يمنى خارج الفرج او حلفه لا ابيت عندها لما فيه من الضرر والوحشة عليها بخلاف لا ابيت معها فى فراش مع بياته

معها فى بيت او يترك الوطء ضررا فيطلق عليه بالاجتهاد وان كان حاضرا بل « وان غائبا » ولا مفهوم لقوله ضررا بل اذا تضررت من ترك الوطء طلق عليه بالاجتهاد لم يقصد الضرر يدل عليه قوله « أو سرمد » أى دوام العبادة ورفعته فيقال له اما ان تطأها أو تطلقها او يطلق عليك « بلا ضرب اجل للايلاء على الاصح فى الفروع الاربعة أ. هـ وجاء فى الحاشية » ومعنى الاجتهاد فى الطلاق عليه أن يجتهد فى أن يطلق عليه فورا بدون أجل أو يضرب له أجلا واجتهد فى قدره من كونه دون أجل الايلاء أو قدره أو اكثر منه أ. هـ. ، فمما تقدم وغيره فى كتب المالكية كثير وشائع يتبين أن الضرر عندهم وهو مأخذ المادة ليس خاصا بالشقاق بين الزوجين لسوء الخلق بل كما يكون به يكون بغيره وهو الأغلب الذى يرجع سببه الى تركالوطءعلى انه جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المذكور عند الكلام على التطليق للغيبة بما نصه (وواضح أن) المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالاقامة فى بلد آخر غير بلد الزوجة ، اما الغيبة عن بيت الزوجية معالاقامة فى بلد واحد فهى من الأحوال التى يتناولها التطليق للضرر لأنهيتناول أحوالا عدة منهاهذه وليس خاصا بالشقاق لسوء الخلق . كما جاء بمذكرة وكيل المدعى عليه وهو قول صريح للمشرع لا يحتاج الى تأويل . واذا كا نللزوجة حق طلب التطليق لغياب زوجها سنة ويقول المشرع فى مذكرته الايضاحية ايضا « ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف امر لا تحتمله الطبيعة فى الأعم الأغلب واذا كان لها أيضا حق التطليق اذا هجر زوجها فراشها ووقاعها وهو اهل للفراش والوقاع أفلا يحق لها ذلك وهى كبيرة بالغة تدفعها حالتها الطبيعية الى أن تجاهر بانها لا تستطيع البقاء الى ان يكبر زوجها الصغير مع أنها تخشى العنت والاثم .

٨١٧/٣٠ جرجا (٢١/٧/١٣) ت سر م ش ٥/٣٥٥

□■□

(المبدأ ٣٣) : الحكم بالتطليق للضرر ــ مادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ ــ شرطه .

قضاء المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ أن الشارع اشترط الحكم بالتطليق أن يثبت اضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وأن يعجز القاضى عن الاصلاح بينهما ، مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض ازالة اسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين ، فان هى قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا

باعتبار ان سعيها للاصلاح قبل الحكم بالتفريق اجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام .

نقض ٥٣/٢١ ق ١٩٨٤/٣/٢٧ لم ينشر

□■□

(المبدأ ٣٣ مكرر) : التطليق للضرر ـ معيار الضرر ـ حق التبليغ جواز اعتباره من قبيل الضرر الذى يجعل دوام العشرة بين الزوجين مستحيلا .

معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ ـ معيار شخص لا مادى وتصويره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع ، ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى يحيطهما فاذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر الى حد اتهامها واهلها بالسرقة وتعددت الخصومات القضائية بينهما ، فليس فيما خلص اليه الحكم ما يعاب ، ولا يغير من ذلك ان الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد ، وان استعماله لا يمكن أن يرتب مسئولية طالما صدر معبرا عن الواقع ، حتى لو كان الانتقام هو ما حفز الى التبليغ لأن اباحة هذا الحق ، لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلا لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد اقامة الادعاء او التبليغ ومدى تاثيرهما على العلاقة بين الزوجين .

نقض ٤٧/٢ ق س ٢٩ ص ١٦٨٦

□■□

(المبدأ ٣٤) : المراد بالعشرة فى المادة ٦ ق ٢٥ هو الاختلاط والمخالطة .

المراد بالعشرة الواردة بالمادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ الاختلاط والمخالطة وهى كما تكون بعد الدخول تكون قبله وعلى ذلك لا يسمع دفع دعوى الطلاق للضرر بعدم السماع لعدم الدخول .

١٧٣٦/٥٠ جيزة (٥٢/١٢/٣) م ش ٤١٤/٢٤

□■□

(المبدأ ٣٥) : لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها فى طلب التطليق للضرر .

مذهب الامام مالك وهو المصدر التشريعى للمادة السادسة ق ٢٥

سنة ۹۲۹ لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها فى طلب التطليق للضرر فتسمع الدعوى من كليهما .

١٧٣٦/٩٥٠ جيزة (٥٢/١٢/٣) م ش ٤٣٤/٢٤

□■□

(المبدا ٣٦) : حديث لا ضرر لا ضرار هو الأصل فى قول الفقهاء « الضرر يزال » .

ان الفقهاء نصوا على أن الضرر يزال — وهذا النص قاعدة شرعية اصلها حديث لا ضرر ولا ضرار . الذى رواه الامام مالك فى الموطأ — وقد خرج الفقهاء على هذا الأصل كثيرا من الفروع الفقهية فى ابضمن لما رئى فى الفصل الثالث والثلاثين من أنواع الضمانات من الجزء الثانى من جامع الفصولين وفى الأبواب المختلفة من كتاب مجمع الضمانات .

٤٠/٣٠ العليا (٤٢/٥/٢١) م ش ٤٨/١٤

□■□

(المبدا ٣٧) : الضرر الموجب للتفريق هوالضرر الواقع فعلا من الزوج على زوجته .

الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها فلا يوجب تعديه على احد من أهلها تطليقها عليه ولا يسمى هذا ضررا واقعا عليها .

٣٧١٠/٥٠ السيدة (٥١/٦/٣) م ش ١٤/٢٤

□■□

(المبدا ٣٨) : طلب الزوجة التطليق للضرر — يجب تحقيق الضرر بالايذاء المتعمد او الفعل او الهجر .

المعول عليه فى مذهب المالكية المتخذ مصدرا تشريعيا لنص المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ انه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق اذا ضارها الزوج بأى نوع من انواع الايذاء المتعمد سواء كان ايجابيا كالتعدى بالقول أو بالفعل أو سلبيا كهجر الزوج زوجته ومنعها مما تدعو اليه الحاجة الجنسية .

نقض ٤٧/٦٥ قأ س ٢١ ص ١٠١٠ ج١

□■□

(المبدا ٣٩) : الضررالموجب للتفريق خاص بالضرر الناشيء عن الشقاق والتنافر بين الزجين غير القابل للزوال .

الضرر الموجب للتفريق بمقتضى القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ خاص بالضرر الناشيء عن الشقاق والتنافر بين الزوجين الملازم غير القابل للزوال الذى فى قدرة الزواج انزاله بالزوجة وفى قدرة الحكمين معالجته وليس منه قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم امكان اتيان الزوجة لأن القصر عارض لا يلبث أن يزول متى صار الزوج مكلفا .

٢٩/٩٨٨ العياط (٣٠/١/٦) ت س م ش ١/٥٣٠

□■□

(المبدا ٤٠) : يجب ان يكون الضرر مقصودا من الزوج .

الاضرار الذى تعنيه المادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ يشترط فيه ان يكون مقصودا من الزوج ومتعمدا سواء كان الاضرار ايجابيا أو سلبيا .

نقض ٤٧/١٤ ق س ٣٠ ص ٩٠٧

□■□

(المبدا ٤١) : التطليق يكون للضرر الواقع من الزوج لا للضرر الواقع من الزوجة .

للقاضى أن يطلق على الزوج المضار لزوجته ضررا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وليس له ذلك اذا كان الضرر آتيا من الزوجة المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩) .

٢٨/٣٧٨ العياط (٢٩/٧/٢٣) ت س م ش ١/٦٢٦

□■□

(المبدا ٤٢) : لا يطلق القاضى عن الزوج الا اذا كان الضرر آتيا من جهته .

لا يطلق القاضى عن الزوج الا اذا كان الضرر آتيا من جهته لأنه يكون ظالما ووظيفة القاضى رفع الظلم .

٢٨/٣٧٨ دمياط (٢٩/٧/٢٣) ت س م ش ١/٦٢٦

□■□

(المبدأ ٤٣) : اشترط الشارع للحكم بالتطليق للضرر شرطان ـ ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة ـ عجز القاضى عن الاصلاح بين الزوجين .

اشترط الشارع للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لايستطاع معه دوام العشرة ، وعجز القاضى عن الأصلاح بين الزوجين ـ واذ كان يبين من الحكم ومحضر الجلسة أن المحكمة ناقشت الطرفين وعجزت عن الاصلاح بينهما واصرت الزوجة على طلب التطليق وثبت لدى المحكمة اضرار الزوج بزوجته اضرارا لا يستطاع معه دوام العشرة واستدل على ذلك بأدلة سائغة مما يستقل بتقديره قاضى الموضوع فانه لا يكون قد خالف القانون.

نقض ٢٨/٢٩ ق (٦٢/٤/١٨) س ٤٨٢/١٣

□■□

(المبدأ ٤٤) : الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق ـ معياره شخصى لا مادى .

ان نص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض احكام الأحوال الشخصية على انه « اذا ادعت الزجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها يجوز لها ان تطلب من القاضى التفريق » يدل على أن معيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام العشرة ويجيز التطليق هو معيار شخصى لا مادى . تقدير مداه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع .

٣٥/١٩ ق (٦٧/٣/٢٩) س ٧٠١/١٨
٤١/٢٠ ق (٧٣/١٠/١٧) س ٢٤
٤٤/١٩ ق (٧٦/٣/٢٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٤٥) : لا يقوم على افشاء السر الخاص الذى بينه بين زوجته الا من يكون بغضه لها قد اخذ منه كل ماخذ .

لا يقوم على افشاء السر الخاص الذى بينه بين زوجته الا من يكون بغضه لها قد أخذ منه وأصبح لا يبالى بتلك العلاقة المقدسة خصوصا وأن المدعى عليه من القضاة الذين أمضوا السنين العديدة فى القضاء حتى مرن على ضبط النفس وكبح الغضب وطول الأناة وسعة الصدر وجليل الصبر ، فمن تكون حالته هذه مع زوجته لا يمكن أن تكون معيشتها الزوجية الا وبالا وشقاء يجب ازالته شرعا .

٣٠/٢٣٥٨ س ك مصر (٣١/١٢/٥) م ش ٣٤٩/٣

□■□

(المبدا ٤٦) : تطلق الزوجة من زوجها للضرر الثابت بطمع الزوج ووالده فى مال الزوجة واساءته معاشرتها .

وحيث ان الأوراق صريحة الدلالة على طمع المدعى عليه ووالده فى اموال المدعية . واذا اضيف الى ذلك أن المدعى عليه غير متعلم وهو عمدة بلد جبلى شرقى النيل يتضح أن عدم خضوع المدعية وتسليمها اموالها له قد يكون أعظم اسباب الشقاق القائم بين الطرفين والنزاع المالى دائما من اخطر انواع النزاع بين الناس فهو بلا شك مانع من دوام العشرة بين الزوجين .

٢٨/١١٠٢ المنيا (١٠/١٠/٢٩) ت س م س ٣ ر/٤٧٢

□■□

(المبدا ٤٧) : التطليق للضرر ـ تراخى الزوج عمدا فى الدخول بزوجته والاستقرار فى حياة زوجية طوال اربع سنوات ضرب من الهجر .

اذا كان البين من تقريرات الحكم المطعون فيه انه استقى من اقوال شاهدى المطعون عليها ومن اقوال شاهدى الطاعن نفسه ، انه على الرغم من مرور زهاء أربع سنوات على ابرام الزواج ، الا أن الطاعن لم يدخل بها او يمكنها من الاستقرار فى حياة زوجية بما ترتب عليه ضرر محقق بها وانه غير سائغ تعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب طيلة هذه السنين اذ هو امر لا دخل لها فيه ، ومن واجبه توفير المسكن الشرعى ، وكان التراخى عمدا فى اتمام الزوجية بسبب من الزوج يعد ضربا من ضروب الهجر لأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شانه ان ان يجعلها كالمعلقة فلا هى ذات بعل ولا هى مطلقة ، وكان المناط فى التطليق بسبب الضرر هو وقوعه فعلا ، ولا يمنع من التطليق توقع زواله أو محاولة رابه طالما قد صادف الضرر محله وحاق بالزوجة معقباته .

نقض ١٤/٤٧ ق س ٣٠ ص ٩٠٦

□■□

(المبدا ٤٨) : تطليق الزوجة من زوجها للضرر اذا ضربها او طعنها فى عقلها او اهليتها او جرح عواطفها او خدش بالقول كرامتها وكرامة اسرتها مع وجود اجنبية فى منزله وزوجته بعيدة عنه وتعريضه بتربيتها تربية غير طيبة وتقديمه من كتبها له ما يدل على تبادل المحبة بينهما .

وحيث انه ثابت من مجموع شهادة الشهود أن المدعى عليه اذى المدعية بالقول فى نفسها واهلها بأن قال لها الفاظا يعف القلم عن ذكرها ،

وان المحكمة تعتبر ذلك اضرارا منه للمدعيه لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما اذ فيه تجريح لعواطفها وخدش لكرامتها وكرامة أسرتها خصوصا اذا صدرت هذه الأقوال من مثل المدعى عليه . كما انه ثابت ايضا انه ضربها مرارا وهو من أنواع الضرر الشرعى الموجب للتفريق .

وحيث أن الثابت من مجموع شهادة الشهود وجود أجنبية لديه في منزله وقد علل بعض هؤلاء الشهود وجودها بعلل ثابته بما هو مدون بالشهادة ترى المحكمة الاغضاء عن ذكرها وانه مهما يكن من الاحتمالات التى تطرا على الذهن فى مثل هذه الظروف فانه مما لاشك فيه أن مجرد وجود هذه الأجنبية بمنزل الزوج مما يثير الشك ويبعث فى نفس الزوجة ابعيدة عنه ريبا اذ هى تعتبر هذا العمل تحديا لعواطفها مؤلما وجارحا ــ وفى ذلك من الاساءة اليها والاضرار ما لايستطاع معه دوام العشرة بين امثالها .

وحيث أن وكيل المدعى عليه قدم خطابات نسب صدورها للمدعيه رغبة منه فى الاستشهاد على تبادل المحبة بين الطرفين ، وبما ان هذه الخطابات التى ما كان ينبغى أن يطلع على ما فيها احد خلاف الزوجين لم يكن من اللائق عرضها أثناء هذه الخصومة مهما كان الحال بين الطرفين اذ فيها ما لا يصح ذكره فى التقاضى مادام الزوج يكون مبقيا على الزوجة . ولهذا ترى المحكمة بحق أن تقديم هذه الخطابات ليس الغرض منه الا التشهير بالمدعية وهذا التقديم فى ذاته فيه اضرار بالمدعية واساءة لها .

١٤١٤/ الجمالية (٣١/٩/١٧) ت س م ش ٣/٤٨٥

□■□

(المبدأ ٤٩) : رفض دعوى التطليق لعدم اثبات الضرر ــ تكرر الشكوى ثبوت الضرر ــ ايقاع الطلاق دون بعث حكمين :

مؤدى نص المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ سنة ٩٢٩ انه اذا عجزت الزوجة عن اثبات الضرر الذى ادعته فرفضت دعواها ثم كررت الشكوى طالبة التطليق للضرر وثبت ما تشكو منه ، فلا يبعث القاضى حكمين لتعرف أسباب الشقاق بين الزوجين وبذل الجهود فى الاصلاح بينهما ، بل يحكم بايقاع الطلاق .

نقض ٤٠/٣٤ ق (٧٣/٦/٦) ص ٢٤

□■□

(المبدأ ٥٠) : للزوجة رفع دعوى جـديدة للتطليق للضرر بوقائع جديدة .

للزوجة رفع دعوى جديدة ، وطلب التطليق للضرر ، حقها فى الاستناد الى وقائع جديدة استجدت بعد صدور الحكم الأول رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى صحيح .

رفع الزوجة دعوى جديدة والتطليق للضرر . عجزها عن الاثبات وجوب بعث حكمين للاصلاح بين الزوجين .

نقض ٤٠/٤٦ ق (٧٤/٢/٢٠) س ٢٥

□■□

(المبدأ ٥١) : المقصود بالضرب فى التشريع الاسلامى الضرب اللطيف غير المبرح .

ومن حيث أن ما فهمه المستأنف ووكيله من جواز ضرب الرجل زوجته فى قوله تعالى فى سورة النساء : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » فهم فى غير محله ، فان الأستاذ المرحوم الشيخ محمد عبده قد بين ذلك بيانا موافقا لروح الدين الاسلامى وتشريعه الحكيم حيث قرر أن بعض النساء تكون قد نشأت بين أبوين عودأها على الضرب فلا يرجعها شىء عن غيها الا الضرب ، فمثل هذه هى التى لا يثمر فيها ارشاد ولا يقيم أودها هجر مضجعها وانما الدواء لها الضرب اللطيف حسب عادتها والمرء ابن عادته وحكم العادة نافذ ، فتشريع الضرب غير المبرح انما هو لبعض الفئات الوضيعة التى تعودت ذلك .. يدلك على أن المراد بذلك الضرب هو الضرب الخفيف لا غير قوله تعالى : « فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » اذ لا طاعة مع الضرب الشديد لأنه لا يخضع القلب وهو موضع الطاعة وانما يجبر الجسم فقط على حركة اضطرارية وليس هذا هو المطلوب من التشريع فالقلب مصدر الطاعة ومبعث المعصية ولا يبعد عن مسلم ما دونه الفقهاء أجمع فى باب التعزير من أن القاضى ينظر فى أمر الجانى ويعطيه من العقاب ما يردعه من نظرة أو كلمة أو اشد من ذلك ، وأن هذا النوع من التشريع الاسلامى هو الذى سار عليه عقلاء المتمدينين من وقت أن اقتبس عظيم الفرنجة قانونه من مذهب الامام مالك .

٣٠/٢٣٥٨ س ك مصر (٣١/١٢/٥) م ش ٣٤٨/٣

□■□

(المبدأ ٥٢) : ليس للزوج تاديب زوجته بالضرب الفاحش .

ليس للزوج أن يضرب زوجته فى التاديب ضربا فاحشا وهو الذى يكسر العظم او يحرق الجلد أو يسوده كما فى التاترخانية ، فان ادعت عليه ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه عزر ، كما لو ضرب المعلم الصبى ضربا فاحشا فانه يعزر ويضمن لو مات كما فى تنوير الأبصار والدر المختار .

٤٣/٧/٢٨ منوف (٢٨/٣/٤٤) م ش ٢١/٢٧٨

□■□

(المبـدأ ٥٣) : الاعراض عن زوجة مضى على عقـد زواجها خمس سنوات الى الدخول باخرى لم يمض على زواجها ايام قرينة على الرغبـة فى الاعنات ومشعر بانه يعمل على النكاية .

الزواج وان كان جائزا شرعا الا أن الاعراض عن زوجة مضى على عقد زواجها خمس سنوات الى الدخول بأخرى لم يمض على زواجها ايام قرينة على الرغبة فى الاعنات ومشعر بأنه يعمل على النكاية بالمدعية .

٣٣/١٠/٢٤ المحلة (٢٢/١/٣٥) م ش ٦/٤٤٩

□■□

(المبدأ ٥٤) : من الضرر الذى يوجب التطليق ان يعمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته او يتسبب فى اصـابتها بمرض او يسبها او يولى عنها فى الفراش وجهه او يقطع كلامه عنها او يهجر فراشها مدة طويلة دون عذر او يؤثر امراة عليها او يرتكب منكرا يتعدى اثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة أسرتها .

حيث ظهر من القضية انه لا سبيل الى اصلاح ذات البين بينهمـا واحلال الوئام محل التنافر والخصام وأن عاطفة المودة والمحبة والرحمـة بينهما قد زالت وان المدعى عليه هو الذى تسبب فى ذلك من غير حق فكان شاذا فى معاملته لها شذوذا لا يبـالى يشتمها ويسبها بدون ذنب اجترته او سيئة اقترفتها ولقد كان مسلكه الشائن أن اثر التسلية بالغلمان عليها الأمر الذى لا يتفق والكرامة الزوجية ويوجب المبادرة الى التفريق بينهما ففى شرح الخطاب على متن خليل ص ١٧ جـ ٤ ما نصه : « ولها التطليق بالضرر » قال ابن فرحون فى شرح ابن الحاجب عن الضرر ايثار المراة عليها فاذا كان الشارع قد رتب على ايثـار امراة التطليق فاولى بداهة ترتبـه بايثار الغلمان وثابت فوق هذا انه تركها مدة طويلة ولم يعاشرها مع عـدم المانع . ولا شك ان هذا مضرة عظيمة بها فيجب أن يعامل بهـذا الاقرار

الذى هو اقوى الأدلة ولا يوازى هـذا الضرر النـاشىء عن تحويل الوجه وقطع الكلام عنها . مع أن هذا يوجب التفريق بالنص فقد جاء فى حاشـية الشيخ حجازى على مجموع الأمير ص ٤٧٦ جزء اول عند قول الأمير (ولها التطليق بثبوت الضرر) ما نصه (ومن الضرر قطع كلامه أو توليه وجهه عنها فى الفراش) مثل ذلك ما اورده ابن فرحون فى المكان السابق ولا ريب ان فى الترك هجرا أو قطعا لكلامها وانكى من هـذا انه استهتر بعرضها مع ان الاعراض ليست محلا للاستهتار اذ يجب صونها والمحافظة عليها فقد عدا على غير الحلال منها وتعدى حده وعمـد الى غير مكان الحرث والنسل منها وقد حاجته فى ذلك وطلبت يمينه فأباها ـ والظاهر يؤيدها اذ وجوده مع الغلمان فى الكبينة بالحـالة التى كانوا عليها وحكم عليـه بالحبس من اجلها قرينة واضحة على صحة ما ادعته وهـذا الصنيع الشنيع موجب للتطليق (انظر حاشية الدسوقى شرح الدر جزء ثان من خليل ص٣٥١ ، ص ٣٥٢) .

٢٣/٢٦٤ كرموز (٣٠/٩/٣٤) ت   م س ش ٦/ ٩٧٧

□■□

(المبدا ٥٥) : اقرار الزوجة فى دعوى الطاعة باستعدادها للاقامة مع زوجها ليس حجة عليها فى دعوى التطليق المقامة منها ضده .

المنـاط فى دعوى الطاعة هو هجر الزوجة زوجهـا واخلالها بواجب الاقامة المشتركة والفرار من منزل الزوجية ، وسبب وجوب نفقة الزوجة ما يترتب على الزوجية الصحيحة من حق الزوج فى احتباس الزوجة لأجله ودخولها طاعته ، فاذا فوتته المرأة على الرجل بغير حق فلا نفقة لها وتعد ناشزا . لما كان ذلك وكان يشترط لصحة الاقرار شرعا وجوب أن يفيد ثبوت الحق المقر به على سبيل اليقين والجزم ، فلو شابه مظنة أو اعتوره شك فى بواعث صدوره ، فلا يؤاخذ به صاحبه ولا يعتبر من قبيل الاقرار بمعناه ـ لما كان ذلك وكان ما صرحت به المطعون عليهـا فى دعوى الطاعة المرددة بينها وبين الطاعن من ابداء استعدادها للاقامة مع زوجها فى المسكن الشرعى الذى يعده ، قد يحمل على استهدافها ان تدرأ عن نفسها وصف النشوز وبالتالى الحرمان من النفقة ، وهو بهذه المثابة ليس الا وسيلة دفاع تفرضها طبيعة الدعوى التى صدر فيها ، ولا يدل بذاته على أن العشرة بينها وبين زوجها ليست مستحيلة ، ولا ينطوى على اقرار بذلك تؤخذ بأصرته. فلا على المحكمة ان هى التفتت عما تمسك به الطاعن فى هذا الخصوص .

نقض ٢٢/ ٤٦ ق   س ١٩ ص١٢١٨

□■□

(المبدأ ٥٦) : الحاق العار بالزوجة أمر يقدره القاضى .

الحاق العار لا يخفى أن الكلام عن هــذا السبب من الدقة بمكان اذ أن سوء السمعة وحسنها من الأمور التى يختلف فيها الناس اختلافا كبيرا ومرجع ذلك تفاوتهم فى أحاسيسهم وبيئاتهم وتقاديرهم . فمنهم من يرى أن هذا الشيء ضار بالسمعة ملحق للعار فى الوقت الذى يراه غيره خلاف ذلك نظـرا لاختلاف الاحســاس فعـلا ــ يعرف ذلك من خبر الشئون الاجتماعية وسـبر أغوار النفوس وأن المحكمة تستنتج بحق أن المدعية ما تعيرت من سجنه ولا لحقها اشمئزاز من ذلك بل كان احساسها هادئا وشعورها ساكنا اذ أنها قد رضيت بذلك صراحة ودلالة معا ، فقد كتبت له تقرر صراحة انه فى حالة الحكم عليه تتنازل عن حقها طول مدة العقوبة فى طلب التطليق ، معنى ذلك أنها راضية بحاله قابلة له على علاته ــ كما أنها رفعت الدعوى بعد مضى وقت طويل من سجنه ، فلو كانت قد تعــيرت حقيقة من الحكم عليه بالسجن وشعرت بسوء السمعة كما تدعى لبادرت برفع دعواها هذه من أول يوم . أما وهى لم ترفع دعواها الا بعــد مضى اكثر من ستة أشهر على تاريخ تأييد الحكم استئنافيا فهى واحدة من اثنين اما أن تكون ممن لا يتعيرون بمثل ذلك واما أن تكون راضــية بحاله وكلا الحالين يسقط اعتبار دعواها .

٣٣/٣٥٥ السيدة (٣٤/٧/٢٨) م ش ٨٠١/٦

□■□

(المبدأ ٥٧) : نشوز الزوجة لا يمنعهــا ان تطلب التطليق ــ طبقــا للمادة ٦ ق ٩٢٩/٢٥ .

الحكم بنشوز الزوجة لا يمنعهــا من ان تطلب الى المحكمة التطليق (المــادة ٦ق ٩٢٩/٢٥) فقــد يكون النشوز ناشــئا عن حالة لا تدفعه ولا تستطيع معها دوام المعاشرة .

٤٩/٥٥٥ الزقازيق (٤٩/٥/١٥) ت س م ش ٢٦٦/٢٣

□■□

(المبدأ ٥٨) : طول الخصومات بين الزوجين قرينــة على استحالة العشرة بينهما .

سلوك الزوج فى مقاضاة الزوجة وطول الخصومات بينهما قرينة على استحالة العشرة بينهما .

٥٠/١٧٣٦ الجيزة (٥٢/١٢/٣) م ش ٤٢٤/٢٤

□■□

(المبدأ ٥٩) : رضا الزوج بالحبس نظير متجمد النفقـة مع ثبوت قدرته ليس من الضرر الذى يوجب التطليق .

رفع الزوج دعاوى على زوجته وتهريبه أملاكه حتى لا تنفـذ فيهـا حكم النفقة ورضاه بالحبس نظير متجمد النفقة مع ثبوت قدرته كل ذلك ليس من الضرر الذى يوجب التطليق عنـد مالك رحمه الله فيمـا أخذ به القانون ٢٥ سنة ٩١٩ .

٢٨/٤١٨ مفاغة (٢٩/٩/١٠) م ش ١/٣٢٦

□■□

(المبدأ ٦٠) : الزوج يجب عليه ان يواقع زوجته مرة واحدة فى مدة الزوجية وليس لهذه المرة زمن معين ... اذا تزوجت المراة بمن لا يقـدر على اتيان النسان وكانت عالمة بحقيقة حاله وقت عقد النكاح تكون بذلك قد اسقطت حقها فى تلك الوطاة .

النص الفقهى يقضى بأن الزوج يجب عليه قضاء أن يواقع زوجتـه مرة واحدة فى مدة الزوجية وليس لها زمن معين فقـد تكون فى أول مدة الزوجية او فى آخرها أو بين ذلك وأن المراة اذا تزوجت بمن لا يقدر على اتيان النسـاء وكانت عالمة بحقيقة حاله وقت النكاح تكون بذلك قد أسقطت حقها فى تلك الوطاة الواجبة وانها اذا لم تكن عالمة بحقيقة حاله بل اتضح لها الأمر بعد ذلك يؤجل سنة من وقت البلوغ لا يحتسب منها غيبتها عنه لأن المانع من جهتها .

حيث أن المدعية قالت انها تزوجت بالمدعى عليه وهى تعلم أنه قاصر وليس فى قدرته اتيانها فقد اسقطت حقها فى الوطاة المذكورة فعلى فرض أن الزوج لم يصل اليها فلا حق لها فى المطالبة بهـا فى هذه الحالة ولا أن يتضرر من عدم وصوله اليها ولا أن تطلب التفريق من اجل ذلك .

٢٩/٩٨ دمياط (٣٠/١/٦) م ش ١/٥٣٠

□■□

(المبدأ ٦١) : الضرر التاديبى لا تشمله المادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

للزوج أن يضرب زوجته الضرب الذى يؤدب أمثالها اذا نشزت منه لقوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » ولا يعد هذا من باب الضرب المنصوص عليـه فى المادة ٦ من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩ .

٢٨/٣٧٨ دمياط (٢٩/٧/٢٣) ت س م ش ١/٦٢٦

□■□

(المبدأ ٦٢) : لا تجاب الزوجة لطلبها تطليقها من زوجها للضرر بما وصفته به اذا كانا من بيئة واحدة وقد سبق لهـا الرضاء بمعاشرته مع اتصافه بما جعلته سببا بطلبها .

وحيث ان الثـابت من الأوراق ان الخصـمين من بيئـة واحـدة ومتشابهان منشأ وعادة وتربية ويمت احدهما الى الآخر بنسب هو تدهور الأخلاق والتشبع من الرذيلة والبعـد عن الفضيلة وانهما من وسط يألف ما عزى الى المستانف من سوء السيرة وضعف الخلق وبذلك يكون ما بنت عليـه محكمة أول درجة حكمهـا بالتفريق غير موجب له لأنه ليس ممـا لا يستطاع معـه دوام العشرة بين امثـال هذين الخصمين الذين انحطت اخلاقهمـا .

٣١/٢٤٨ س ك أسيوط (٣٢/٨/٧) م ش ٣١٦/٤

□■□

(المبدأ ٦٣) : لا يعـد مطالبة الزوج لزوجتـه بالدخول فى طاعتـه ولا الامتناع عن اداء الصداق ضررا مسوغا للتفريق .

ان المطالبة بالطاعة اثر من آثار العقـد المتضمن التزام المدعيـة ان تطيع زوجها فى امور الزوجية فلا معنى لاعتبار مطالبتها بمـا التزمت به اضرارا بها ولأن الامتناع عن اداء الصداق على فرض تحققـه ضرر يمكن دفعه بالمطالبة بالطرق القانونية .

٣٣/١٠٢٤ المحلة الكبرى (٣٥/١/٢٢) م ش ٤٤٩/٦

□■□

(المبدأ ٦٤) : لا يجاب طلب الزوجة تطليقها للضرر بحبس زوجها الا اذا كان مثلها ممن تتضرر بذلك ولم تكن متعهدة بالاستمرار فى عصـمته فى حالة الحكم عليه بالحبس ولا راضية بذلك .

استندت المدعية الى المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ٩٢٩وقالت انها تضررت من هجره اياها فى المضجع ومن الحاقه العـار بها من الحكم عليه بالسجن ــ وقال المدعى عليه أن المادة المذكورة لا تنطبق ــ وللفصل بينهما نلقى عليك البحث التـالى « ان القانون المشـار اليه ليس قانونا وضعيا يوقف فيه على ما يفهم من عباراته فحسب وانما هو مستمد من الفقه الاسلامى من مذهب الامام مالك فاذا أريد تطبيق مادة منه على حادث من الحوادث لابد من الرجوع الى مأخذها الذى أخذت منـه والى المذهب الذى نسبت اليه حتى يكون الفصل احكم والقضاء الزم .

٣٣/٣٥٥٨ السيدة (٣٢/٧/٢٨) م ش ٨٠١/٦

□■□

(المبدأ ٦٥) : دخول مسكن الطاعة بعد تاريخ الضرب قرينة على ان الضرب ليس مما لا يمكن معه دوام العشرة .

تقديم الزوجة نفسها لدخول مسكن الطاعة بعد تاريخ الضرب الذى طلبت التطليق بلضرر من أجله قرينة على ان الضرب الذى تزعمه ليس مما لا يمكن معه دوام المعاشرة بينهما .

٣٩/٤٢٣٨ س ك مصر (٤١/٣/٢٠)   م ش ٩٥٤/٩/١٢ .

□■□

(المبدأ ٦٦) : استحكام النزاع من عوامل التفريق .

اذا طال أمد النزاع بين الزوجين واستحكم الخلاف بينهما وبدا للمحكمة ان الزوج لم يقصد من استصداره حكما بالطاعة ثم حكما بالنشوز الا تخلصه من النفقة وابقائها بعد ذلك معلقة فى حيل زوجية دون رغبة صادقة فى معاشرة مبناها المودة والرحمة كان عاملا من عوامل الفريق .

٤٩/٥٥٥ (٤٩/٥/١٥) ت س   م ش ٢٦٦/٢٣

□■□

(المبدأ ٦٧) : التطليق للضرر لا يتناول التطليق للمرض .

التطليق للضرر لا يتناول التطليق للمرض لان الأول مشروع بالقانون ٢٥ سنة ٩٢٩ المواد من ٦ الى ١١ والثانى مشروع بالقانون رقم ٢٥ سنة ٩٢٠ المواد من ٩ الى ١١ منه ولكل منهما عناصر خاصة واجراءات معينة .

٤١/٧٢٦ نجع حمادى (٤٥/٤/٢٤)   م ش ٦٦/١٨

□■□

(المبدأ ٦٨) : المناط فى الضرر من فسق الزوج ان تتأثر الزوجة بهذا الفسق .

المقرر فى المذهب المالكى الذى أخذ منه حكم المادة السادسة ق ٢٥ سنة ٩٢٩ أن فسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجة ما لم يتعد أثره اليها فالمناط فى التضرر من فسقه أن تتأثر هى بهذا الفسق .

٥٠/٣٧١ . السيدة (٥١/٦/٣)   م ش ١٠٤/٢٤

□■□

(المبدأ ٦٩) : التطليق للضرر ـ حضور وكيل مفوض فى الصلح عن كل زوج أمام محكمة أول درجة . رفض الصلح من أحدهما ـ كفاية ذلك لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

لا يشترط لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين وفقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ مثولهما بشخصيهما أمامها ، انما يكفى حضور اوكيلين المفوضين بالصلح عنهما ورفض أحدهما للصلح. واذ كان البين من مدونات الحكم ان وكيل الطاعنة المفوض بالصلح عنها امام محكمة أول درجة قرر د فضها الصلح فان ذلك يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين دون حاجة لاعادة عرض الصلح من جديد امام محكمة الاستئناف ما دام لم يستجد ما يدعو اليه .

نقض ٤٧/١١ ق (٧٩/٤/٢٥) س ٢٠ ص ١٩٦

□■□

(المبدأ ٧٠) : التفويض فى الصلح مفاده أيضا التفويض برفضه .

التفويض فى الصلح ستتبع التفويض برفضه ، فاذا كان البين من الاوراق ان وكيل المطعون عليها المفوض بالصلح قد رفضه ، فان ذلك يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بين الزوجين .

نقض ٤٨/٤٧ ق س ٣١ ص ٧٥٢ ح ١

□■□

(المبدأ ٧١) : التطليق للضرر ـ عرض الصلح على الزوجين رفضه من جانب أحدهما ، كفاية ذلك لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بينهما .

البين من مدونات الحكم الابتدائى أن المحكمة عرضت الصلح على الطرفين فقبله الزوج وابته الزوجة ، وفى هذا ما يكفى لاثبات عجز المحكمة عن الاصلاح بينهما على ما تشترطه المادة السادسة من القانون ١٩٢٩/٢٥ .

نقض ٤٧/١٤ ق س ٣٠ ص ٩٠٦

□■□

(المبدأ ٧٢) : عدم اقرار الأحناف للتطليق للغيبة ولعدم الانفاق ـ اجازة القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ له اخذا برأى الأئمة الآخرين ـ قبول دعوى التطليق لعدم الانفاق بشهادة شاهد واحد ـ عدم جواز التحدى برأى الامام ابى حنيفة فى نصاب الشهادة على الزواج وهو رجلان أو رجل وامرأتان فى اثبات امر لا يجيزه .

النعي بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون او الخطا في تطبيقه لأنه قبل الدعوى بشهادة شاهد أحد على انها دعوى تطليق لعدم الانفاق تحكمها قواعد الشريعة الاسلامية والراى الراجح فى مذهب ابى حنيفة طبقا للمادة ٦ من القانون ١٩٥٥/٤٥٢ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية وأن القول الوحيد فيه فى مرتبة الشهادة على الزواج والطلاق هو أن نصاب الشهادة رجلان او رجل وامراتان وانه لا يوجد فى مذهب الأحناف من يقول بكفاية شاهد واحد مردود ذلك انه لما كان التطليق للغيبة ولعدم الانفاق لا يقوم أصلا على رأى فى مذهب ابى حنيفة اذ لا يقر الأحناف التطليق لأى من هذين السببين وانما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الاخرين وهم الذين نقل عنهم المشرع عندما أجاز القانون ١٩٢٠/٢٥ لعدم الانفاق او للغيبة فانه يكون من غير المقبول التحدى برأى الامام ابى حنيفة فى اثبات أمر لا يجيزه ومن ثم يكون النعى فى غير محله متعين الرفض . (١)

٢٧/٢٠ ق (٦٠/٢/١٨) س ١١/١٨١

□■□

(المبدأ ٧٣) : غيبة الزوج عن بيت الزوجية ـ المادة ١٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

المقرر فى قضاء النقض أن المقصود بغيبة الزوج عن زوجته فى حكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ أن تكون الغيبة لاقامة الزوج فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه زوجته . أما الغيبة كسبب من اسباب الضرر الذى يبيح التطليق طبقا للمادة السادسة من هذا القانون ـ وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون ـ هى غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع اقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ويكون الضرر فى هذه الحالة هجرا قصد به الأذى فيفرق بينهما لأجله .

نقض ٢٥/٣٤ ق ج (١٩٨٤/٤/١٧) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٧٤) : الغياب بلا عذر شرعى سنة فاكثر وتضررت الزوجة من ذلك يجعل لها طلب التطليق .

اذا غاب الزوج عن زوجته الى بلد قريب او بعيد معلوم او غير معلوم بلا عذر شرعى سنة فاكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها أن تطلب التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ـ للقاضى ان يعذر اليه اذا امكن الا طلق عليه بدون اعذار .

٢٤/٧٠٦ ادفو (٤٣/١١/٢٥) م ش ١٣٥/٥

□■□

(المبدا ٧٤ م) : غيبة الـزوج م ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، ١٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

المقرر فى قضاء النقض ان المقصود بغيبة الزوج عن زوجتـه فى حكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ أن تكون الغيبة لاقامة الزوج فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه زوجته .

اما الغيبة كسبب من أسباب الضرر الذى يبيح التطليق للضرر طبقـا للمادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون ـ غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع اقامته فى البلد الذى تقيم فيه زوجته ويكون الضرر فى هذه الحالة هجرا قصد به الأذى فيفرق بينهما فى الحال.

نقض ٥٢/٣٤ ق ١٩٨٤/٤/١٧ لم ينشر

□■□

(المبدا) ٧٥ : الغياب سنة فاكثر بلا عذر يجيز طلب التطليق بائنا اذا تضررت الزوجة من بعده .

اذا غاب الزوج سنة فاكثر بد عذر مقبـول جاز لزوجتـه ان تطلب التطليق بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه على نفسها طبقا للمادة رقم ١٢ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩

٩٥١/١٧١ منوف (٥١/٣/٦) م ش ٤٢٤/٢٣

□■□

(المبدا ٧٥ م) : طلب الزوجـة التطليق للتضرر من غيبـة زوجهـا . شرطه ان تكون غيبته فى بلد آخر لمدة سنة ميلادية فاكثر وبغير عذر مقبول تقدره المحكمة . وجوب اعذار القاضى للزوج للاقامة مع زوجتـه او نقلهـا اليه مناطه .

مؤدى نصوص المواد ١٢ ، ١٣ ، ٢٣ من المرسود بقانون رقم ٢٥ سنة أن المشرع أجاز للزوجة اذا غاب عنها زوجها سنة عـدتها ٣٦٥ يوما فاكثر وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدة الطـويلة ، ان تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ، والطلقة هنا بائنة ، لأن سببها الضرر فكانت كالفرقة بسبب مضـارة الزوج ، وشرط ذلك توافر أمرين أولهما أن تكون غيبة الزوج المدة المشار اليها فى بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة ، أما اذا كانا يقطنان بلدا واحدا وترك الزوج زوجته فيعتبر ذلك منه هجرا لها يجيز التطليق وفق المادة السادسة من القانون والثانى ان تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول ، وتقدير العذر أمر متروك لقاضى الموضوع

طالما كان استخلاصه سائغا ، وخول المشرع القاضي التطليق لهذا السبب من غير اعذار أو ضرب اجل ان كان الزوج الغائب غير معلوم محل اقامته او معلوما ولا سبيل الى مراسلته ، أما ان امكن وصول الرسائل اليه فيحدد القاضي اجلا يحضر فيه للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها ، وانه وان ضربت المذكرة الايضاحية للقانون الأمثال على العذر المقبول بانه طلب العلم او التجارة أو انقطاع المواصلات ، الا أن المناط فى اعتباره كذلك هو الا يقصد الزوج الاذى ، بحيث يتعين ثبوت أن الزوج لا يستطيع نظرا لظروفه نقل زوجته الى حيث يطلب العلم او يمارس التجارة ،،وتقدير توافر الغيبة والهجر المتعمد يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق .

نقض ٣٤/٤٨ ق　　　　　　　　س ٣٠ ص ٦٣٠.

□■□

(المبدا ٧٦) : يعرض (١) الاسلام على الزوج باسلام زوجته فاذا كان غائبا غيبة منقطعة وتعذر وصول العرض اليه فرق بينهما .

نص الفقهاء على انه اذا أسلمت الزوجة وزوجها غير مسلم عرض عليه الاسلام فان اسلم فهى امراته والا فرق القاضي بينهما ــ وكان ذلك طلاقا عند ابى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا تكون الفرقة طلاقا يراجع فتح القدير جزء ٢ ص ٥٠٦ وما بعدها والزيلعى ص ١٧٤ جزء ٢ وهذه النصوص صريحة فى وجوب عرض الاسلام على الزوج وانه لا يفرق بينهما بدونه ــ وقد نص الفقهاء على أن الصبى اذا بلغ مجنونا يعرض الاسلام على ابويه فأيهما أسلم تبعه فان لم يكن له أب نصب القاضي له وصيا فيقضى عليه بالفرقة (الدر) جزء ٢ ص ٣٩٩ ، وقد جاء فى هذه الصحيفة لابن عابدين تعليقا على قول الشارح ولو بلغ الابن مجنونا يعرض الاسلام على أبويه ما نصه) الا ترى انه اذا لم يكن له والدان جعل القاضى له خصما وفرق بينهما ــ فهذا دليل على أن الاباء يسقط اعتباره هنا للتعذر وهو ما نقله عن الباقلانى ومثله فى التاترخانية وحاصله ان فائدة نصب الوصى الحكم بالتفريق بلا عرض بل

---

(١) قال صاحب الدر « اذا اسلم احد الزوجين المجوسيين او امراة الكتابى عرض الاسلام على الاخر فان اسلم فبها والا بان ابى او سكت فرق بينهما ولو كان الزوج صبيا مميزا اتفاقا على الاصح » ــ وجاء فى رد المحتار تعليقا على قوله « او سكت » بين انه فى هذه الحالة يكرر عليه العرض ثلاثا احتياطا كذا فى المبسوط نهر (راجع جزء ٢ من ابن عابدين ص ٥٣٤ فى باب نكاح الكافر طبعة دار سعادات١٣٢٤ هـ) .

يسقط العرض للضرورة) وبما أن هذا النص صريح فى سقوط العرض عند تعذره ، و لاشك أن الغائب غيبة منقطعة يتعذر بل يستحيل عرض الاسلام عليه وللمحكمة أن تفرق بينها وبين زوجها بدون عرض ».

٤٥/٥٢١ اللبان (٣/٤/٤٦) م ش ١٨/٥٨

□■□

(المبدأ ٧٧) : التفريق لاباء الزوج الاسلام يكون بطلقة بائنة .

التفريق بين من أسلمت وبين زوجها الذى أبى الاسلام يكون بطلقة بائنة.

٤٦/٢٧٢٥ الجمالية (١٨/٢/٤٨) ت س م ش ٢٠/٢٣٠

□■□

(المبدأ ٧٨) : الدفع فى دعوى النفقة بفساد النكاح اقرار بما يوجب حرمة الوطء وهو موجب للتفريق .

الدفع فى دعوى النفقة بفساد النكاح اقرار بما يوجب حرمة الوطء وهذا الاقرار يوجب التفريق بينهما ، اذ المنصوص عليه أن المطلقة ثلاثا اذا قالت بعد ما عادت الى الزوج الأول بعد طلاقها من زوج آخر أن الزوج الثانى قد دخل بى فأنكر زوجها الأول ذلك فانه يفرق بينهما ولها كمال المهر ان كان دخل بها ونصفه ان لم يكن دخل بها ويعتبر قوله فى حق الفرقة كأنه طلقها لا فى حقها ص ٤٢ جـ ١ من الفتاوى الأنقروية ص ٥٩ من للالجزء الرابع من البحر.

٣٨/١٧١٦ الضواحى (٢٩/١١/٣٩) ت س م ش ١٢/١/٩٦

□■□

(المبدأ ٧٩) : اقامة دعوى التطليق على سببين : جنون الزوج واضراره بالزوجة . نفى الحكم للجنون واغفاله بحث الضرر المدعى به ـ قصور .

اذا كان يبين من الرجوع الى الأوراق أن الطاعنة اقامت دعواها بطلب التطليق من زوجها المطعون ضده على سببين أولهما جنونه وثانيهما اضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما لادمانه الخمر والمخدرات ولعب الميسر فىمنزل الزوجية واعتدائه عليها بالألفاظ النابية والضرب المبرح الذى ترك عاهة فى اذنها لاعتراضها على سلوكه ، ودابه على ترك منزل الزوجية لفترات طويلة بسبب انهماكه فى ملذاته غير المشروعة ، وبالرجوع الى الحكم المطعون فيه تبين أنه أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة على ما قرره من أن المطعون عليه لم يدخل مستشفى الأمراض العقلية بعد خروجه من

مستشفى بهمان وأنه يبين من البند الثانى من تقرير الخبير أنه هادىء وانفعالاته عادية وان حالته العقلية تحسنت بدرجة كبيرة بحيث لم يبن عليه اى عرض ظاهر لمرض عقلى وان المحكمة ترى أن ما ذكر بالتقرير يدل على شفائه ، واذ اكتفى الحكم المطعون فيه ببحث ما ادعته الزوجة من جنون الزوج ولم يعرض لما ادعته من اضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فانه يكون قاصرا بما يوجب نقضه .

نقض ٢٢/٣٩ ق (٧٠/١١/٤) س ٢١ ص ١١١٤

□■□

(المبدأ ٨٠) : اعتياد الزوج على السلوك السيىء جواز التطليق طبقا للمادة ٥٦ من مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأقباط الأرثوذكس .

النص فى المادة ٥٦ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس على أنه (اذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس فى حمأة الرذيلة ، ولم يجد فى اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه ، فللزوج الآخر ان يطلب الطلاق) يدل على أنه يجوز الحكم بالتطليق اذا اتى أحد الزوجين أفعالا تنطوى على اخلال جسيم بواجب الاخلاص نحو الزوج الآخر ، دون أن تصل الى حد الزنا وأن تعتاد على ذلك بصورة لا يرجى منها صلاحه ، على انه لا محل لاشتراط توبيخ الرئيس الدينى مادام قد ثبت اعتياد الزوج على السلوك السيىء .

نقض ٣/٤٣ ق (٧٣/٦/٦) س ٢٤ ص ٨٧٢

□■□

(المبدأ ٨١) : الحكم الصادر فى دعوى طلاق على اساس ان الزوجة تنتمى الى طائفة الأقباط الأرثوذكس ، ليس حجة على زوج آخر لم يكن طرفا فيها .

متى كان المطعون عليه (الزوج) ليس طرفا فى الدعوى السابقة التى اقامتها الطاعنة ضد زوج آخر للحكم بتطليقها منه ، فلا يحاج المطعون عليه بأن الحكم صدر فى تلك الدعوى على أساس أن الطاعنة تنتمى الى طائفة الأقباط الارثوذكس ، ولما كان المطعون عليه لم يسلم للطاعنه فى الدعوى الحالية اتحادها معه فى الطائفة ، بل انه اسس دعواه ابتداء على اختلافهما فى ذلك فان النعى على الحكم يكون فى غير محله .

نقض ٧/١٤ ق (٧٣/٤/١٨) س ٢٤ ص ٦٣٠

□■□

تقــادم

(المبدأ ١) : الحقوق لا تسقط بتقادم الزمان وان طالت المدة .

وحيث ان النص الشرعى يقضى بان الحق لا يسقط بتقادم الزمان وان طالت المدة ، وان التقادم الى زمن معين يمنع من سماع الدعوى قطعا للحيل والتزوير لدلالة الحال على ذلك بالترك مع طول المدة فلاتسمع الدعوى مــع التقادم وهذا بناء على تخصيص القضاء وما يملــكه ولى الأمر من المنــع من سماع الدعوى بعد المدة المقررة .

٢٨/٩٦ العياط (٢٥/٢/٢٩) م ش ١/١١٠

□■□

(المبدأ ٢) : الأصــل فى الشريعــة الاســلامية أن الأموال المملــوكة لا تكتسب ملكيتها بوضع اليد مهما طال الزمن . وضع اليد المكسب . شرطه

الأصل فى الشريعة الاسلامية ان الأموال المملوكة لا تكتسب ملكيتهــا بوضع اليد عليها مهما امتد فى الزمان ، ولكن الفقهاء راوا أن وضع اليد مدة طويلة يدل بحسب الظاهروو فقا لما سار عليه العرف وجرت به العادة على أن واضع اليد هو المالك مادامت يده هادئه لم ينازعه أحد فيها ، فتكون الدعوى عليه فى هذه الحالة مما يكذبه الظاهر ، ويفيد أن مدعيها مبطل فيها ، وكل دعوى هذا شأنها لا تسمع سدا لباب التزوير وقطعا للدعاوى الباطلة .

وقد أجاز الفقهاء لولى الامر بما له من سلطة تخصيص القاضى بالزمان والمكان وقوع الحوادث التى ينظرها ان يمنع من سماع الدعوى اذا توافرت شروط معينة هى أن يستمر وضع اليد على الشىء مدة طويلة . واختلفوا فى تحديد مداها ، تبتدىء من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للعين ان كان المدعى عينا من الأعيان ، أو من وقت ثبوت حق المطالبة بالمدعى ان كان دينا أو حقا من الحقوق على الا يكون هناك عذر يحول بين المدعى والمطالبة بحقه ، فأن وجد عذر يمنعه من ذلك كأن يكون غائبا غيبة متصلة طويلة غير عادية أو يكون واضع اليد ذا شوكة يخاف من مطالبته أو يكون المطالب مفلسا لا فائدة من تنفيذ الحكم عليه عند صدوره ، فاذا وجد شىء من ذلك لم تبتدىء المدة الا من وقت زوال العذر ، واذا ابتدأت المدة يجب استمرار عدم العذر حتى تنتهى ، واذا انتهت كان مضيها مانعا من سماع الدعوى ، فاذا عاد العذر خلال المدة تنقطع المدة بذلك ويعتبر ما مضى نهائيا لاغيا وتبتدىء مــدة جديدة ، ولو تعــاقب اثنان على وضع اليــد او أكثر ابتدأت المدة من وقت وضع يد

الأول اذا كان كل منهم قد تلقى الملك عمن قبله . كما يشترط انكار المدعى عليه للحق طيلة المدة ، فلو اثبت المدعى انه أقر فى اثنائها سمعت الدعوى . والا يطرأ خلال المدة ما يقطعها من اقرار أو طروء عذر ، أو قيام المدعى بالمطالبة بالحق أمام القضاء وان لم يفصل فى طلبه . وهذا الذى أوردته كتب الفقة الحنفى يتفق وما نص عليه القانون المدنى للتمليك بوضع اليد ، فهى تستلزم وضع اليد بنية الملك ، وضع يد ظاهر ، لا غموض فيه ، هادىء مبرأ من الاكراه ، مستمر طيلة المدة المحددة ، ولا يمتد بمضى المدة اذا وجد مانع من المطالبة بالحق سواء كان قانونيا أو ماديا ، وتنقطع المدة بالمطالبة القضائية والاكراه . وفى ضوء هذه القواعد يتعين فهم المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . فلا يكفى مجرد مرور المدة المحددة لكى نسمع الدعوى وانما يجب الأخذ بالشروط والقواعد الى وضعها المذهب الحنفى لعدم سماع الدعوى باعتباره القانون الواجب التطبيق فيما لم يرد بشأنه نص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو فى قانون آخر عملا بالمادتين ١/٦ من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ ، ٢٨٠ لائحة .

نقض ٤٦/١١ ق — س ٣ ص ١٠٣٨

□■□

(المبدأ ٣) : المنع من سماع الدعوى لمضى المدة لا يسقط الحق .

المنع من سماع الدعوى لمضى المدة الطويلة لا يسقط الحق لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان كما هو المنصوص عليه فقها بدليل أن الخصم لو اقر به بعد مضى المدة الطويلة المانعة من السماع لزمه ولو كان حكما بالبطلان لما لزمه لأن الساقط لا يعود .

٤٣/٤٥٦ أسوان (٤٤/٢/١٠) — م ش ١٧٠/٧/٦

□■□

(المبدأ ٤) : المعتبر فى حساب المدة أن تمضى خمسة عشر سنة هجرية.

المعتبر شرعا أن تمضى خمس عشرة سنة هجرية سواء كان بعض شهورها كامل الأيام أم ناقصها لأن الذى يحتسب عدد السنين بخمس عشرة لا احتساب مجموع ايام الخمس عشرة سنة .

٤٢/٦٤٠ ملوى (٤٣/١٠/٣٠) — م ش ٤٦/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٥) : عدم اعتراف الشريعة الاسلامية بالتقادم المكسب او المسقط .

أنه وان كانت الشريعة الاسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضى ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن الا انه اعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذى مضت عليه المدة، وعدم السماع ليس مبينا على بطلان الحق وانما هو مجرد نهى للقضاء عن سماء هاقصد به قطع التزوير والحيل . ولما كان المنع من السماع فى هذه الصورة لأ أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وانما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها فأنه لا يكون فى هذا المجال محل لاعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدنى — ومتى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فانه يكون مخالفا للقانون .

نقض ٢٨/٣٣ ق (٦١/٣/٣٠) س ١٢ ص ٣٠١

□■□

(المبدأ ٦) : منع سماع الدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هو نهى للقضاء عن سماعها .

أنه وان كانت الشريعة الاسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضى ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن الا أنه اعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذى مضت عليه المدة وعدم السماع ليس مبينا على بطلان الحق وانما هو — وعلى ما جرى به قضاء النقض — نهى للقضاء عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل وهو على هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وانما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها ، ولما كانت المادة ٣٠٥ من اللائحة التى تجيز استئناف الحكم بسماع الدعوى أو عدمه لا ينسحب أثرها الا على الاستئناف وحده لأنه لا نظير لها فى الأحكام الخاصة بالنقض ، فان مؤدى ذلك كله أعمال القاعدة المقررة فى المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات القديم التى جرى الطعن فى ظلها وهى تقضى بأن الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها الا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع سواء كانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالاثبات أو بسير الاجراءات اذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع بعدم سماع الدعوى وبسماعها وباحالة الموضوع الى محكمة أول درجة لنظره وهو بهذه المثابة لم يصدر فى موضوع الدعوى ولم تنته به الخصومة كلها أو بعضها فانه يتعين الحكم بعدم جواز الطعن فيه بالنقض .

نقض ٣٥/٢٨ ق (٦٩/٢/١٢) س ٢٠ ص ٣٠٨

□■□

(المبدأ ٧) : الدعاوى التى يمنع من سماعها لمضى ٣٣ سنة هى الدعاوى المتعلقة بعين الوقف .

الدعوى التى يمنع من سماعها لمضى ثلاث وثلاثين سنة هى ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ الدعاوى المتعلقة بعين الوقف و لايدخل فى نطاقها دعوى الاستحقاق فيه ، واذ كان ذلك ، وكانت دعوى مورثة الطاعنين هى دعوى استحقاق فى وقف وقضى الحكم المطعون فيه بأن المدة المانعة من سماعها هى خمس عشرة سنة فانه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٣/٢٩ ق (٦٦/٣/٢٣) س ١٧ ص ٦٥٧

□■□

(المبدأ ٨) : وقف التقادم ــ عدم احتساب المدة التى وقف سير التقادم خلالها ضمن مدة التقادم .

القاعدة الصحيحة فى احتساب مدة التقادم الا تحسب المدة التى وقف سيره فى خلالها ضمن مدة التقادم انما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف فاذا زال يعود سريان المدة تضاف المدة السابقة الى المدة اللاحقة .

نقض ٢٩/٤٥١ ق (٦٤/١١/١٩) س ١٥ ص ١٠٥٣

□■□

(المبدأ ٩) : السنة تنصرف الى السنة الهجرية الا ما نص عليه القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

العرف الشرعى للسنة ينصرف الى السنة الهجرية الا ما نص عليه القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وحصره فى المواد من ١٢ الى ١٨ منه للحوادث التى تحتسب فيها السنة الميلادية ــ وقد أفصح المشرع عن قصده فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون فنص صراحة على أن ماعدا الحوادث الوارد ذكرها فى المواد من ١٢ الى ١٨ فان المعتبر فى الحساب بالسنة الهجرية .

٤٢/٦٤٠ ملوى (٤٣/١٠/٣٠) م ش ٤٦/٣/١٦

□■□

(المبدأ ١٠) : تبدأ المدة من وقت تقرير الحق فى ذمة المدين مع عدم العذر المانع من رفع الدعوى .

تبدأ المدة المانعة من سماع الدعوى من وقت تقرير الحق فى ذمة المدين مع عدم العذر المانع من رفع الدعوى ــ اما اذا كان هناك عذرا تبدا المدة وقت زواله .

٣١/٤٢١ ك س اسيوط (٣٢/١٠/٢٣) م ش ١٤/١٦

□■□

(المبدأ ١١) مضى المدة الطويلة مع السكوت عن طلب الحق لا يسقط الحق شرعا ــ وانما يمنع من سماع الدعوى به فقط فى حــالة انكار المدعى عليــه .

ان المنع من سماع الدعوى بالحق الذى مضت عليه المدة الطــويلة من انكار المدعى عليه لهذا الحق لا يعنى سقوط الحق نفسه بدليل أن الخصم لو اقر به بعد مضى المدة لزمه باقراره لأن الساقط لا يعود فاذا كان الاقــرار بالحق بعد مضى المدة المانعة من السماع وقبل الحكم به يلزمه بالاقــرار به بعد الحكم به يلزم المقر بالأداء من باب اولى .

٤٠/٢٩٥٢ السيدة (٤١/١١/٢٦) ت س م ش ١٢/٧/١٢

□■□

(المبدأ ١٢) : مدة التقادم تبدأ بعد ثبوت حق المطالبة بالدعوى .

المنصوص عليه شرعا أن مبدأ تاريخ الترك الذى يحتسب مبدأ للخمسه عشر سنة انما يتحقق بعد ثبوت المطالبة بالدعوى .

٤٥/١٢٦٣ الجمالية (٤٦/٦/١٩) ت س م ش ٣٣١/١٩

□■□

(المبدأ ١٣) : تقادم العهد على بعض الحقوق مانع من سماع الدعوى بها .

نص الفقهاء على أن تقــادم العهد على بعض الحقوق مانع من ســماع الدعوى بها ، وعلى أن هذا العهد يختلف تبعا لاختلاف هذه الحقوق ، وقد سارت اللائحة فى المادة رقم ٣٧٥ على هذا المبدأ فقررت أن القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة من تمكن المدعى من رفعها وعدم العــذر الشرعى له فى عدم اقامتهــا الافى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة ــ ومن المسلم به أن هذا المنع من سماع هذا النوع من الدعاوى ليس مبناه سقوط الحق نفسه وانما بنى على قاعدة جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة منعا للتحايل ، بل يدل لذلك أن المشرع شرط هذا المنع بضمانات لخصها فى التمكن من المطالبة وعدم العذر الشرعى فى الترك والانكار للحق .

٤٦/٥٣١ ملوى (٤٧/٢/١٢) ت س م ش ٢٠٨/٢٠

□■□

(المبدأ ١٤) : الخصومة فى الحق امام القاضى تقطع المدة .

ان الذى يقطع المدة انما هو الخصومة فى الحق أمام القاضى بدعوى يجاب عليها من الخصم أمام القضاء .

٤٣/٥٧٥ المنشية (٤٤/٤/٣) ت س م ش ٣٩/١٧

□■□

(المبدأ ١٥) : تقادم دعوى القاصر او المحجور عليه على الوصى او القيم بخمس سنوات من تاريخ انتهاء الوصاية او القوامة .

كانت المادة ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية رقم ١٩٤٧/٩٩ تنص على أنه « كل دعوى للقاصر على وصية أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية او القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة » . ولما كانت هذه المادة تتناول ما يكون للقاصر أو المحجور عليه من الدعاوى الشخصية الناشئة عن أمور الوصاية أو القوامة بعد انتهائها فانه تندرج فيها دعاوى طلب الحساب اذا لم يكن الوصى أو القيم قد قدمه الى المحكمة الحسبية . ويؤكد ذلك أن المذكرة الايضاحيه للمرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ الخاص بأحكام الولاية على المال ب تعليقها على نص المادة ٥٣ من القانون المذكور المطابق لنص المادة ٣٦ سالفة ، قد أوردت دعاوى المطالبة بتقديم الحساب عن الوصاية أو القوامة ضمن الأمثلة التى ضربتها للدعاوى التى يسرى عليها التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ٥٣ المذكورة .

نقض ٣١/٣٤٨ ق (٦٦/٤/١٤) س ١٧ ص ٨٥٣

□■□

(المبدأ ١٦) : الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين ، تقادمه بخمس عشرة سنة .

تنص المادة ٢/٣٧٥ من القانون المدنى على أنه « لا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيىء النية ولا الريع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة » وأنه وان لم يرد فى القانون المدنى القديم نص عن مدة تقادم الاستحقاق فى الوقف بالذات الا ان حكمه فى ذلك لا يختلف عما سنه القانون المدنى الجديد فى هذا الخصوص ؛ لأن ناظر الوقف يعتبر — على أى حال — وكيلا عن المستحقين فان قبض غلة الوقف كانت أمانة تحت يده لحسابهم فلا يسقط حقهم فى المطالبة بها الا بانقضاء خمس عشرة سنة .

نقض ٢٩/١٤٠ ق (٦٤/١/١٦) س ١٥ ص ٩٢

□■□

(المبدأ ١٧) : الدعاوى التى يمنع سماعها بمضى ثلاث وثلاثين سنة ، هى الدعاوى المتعلقة بعين الوقف . الدعاوى التى يرفعها المستحقون بثبوت استحقاقهم فى الوقف . منع سماعها بمضى خمس عشرة سنة .

النص فى المادة ٣٧٥ لائحة على أن « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة » يدل على أن الدعاوى التى يمنع من سماعها مضى ثلاث وثلاثين سنة هى — وعلى ما جرى به قضاء النقض — الدعاوى المتعلقة بعين الوقف لا تدخل فى نطاقها الدعاوى التى يرفعها المستحقون على الوقف بثبوت استحقاقهم فيه ، اذ هى من قبيل دعاوى الملك المطلق التى يمنع من سماعها مضى خمس عشرة سنة .

نقض ٤٤/٢٢ ق (٧٦/٤/١٤)　　　　س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٨) : الترك الموجب لعدم سماع الدعوى — هو ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها فيها .

الترك الموجب لعدم سماع الدعوى طبقا للمادة ٣٧٥ من اللائحة الشرعية — وعلى ما جرى به قضاء النقض — هو ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها فيها — أما مجرد ترك العين واهمالها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها فانه لا يترتب عليه سقوط حق ملكيتها ولا يمنع سماع الدعوى بها .

نقض ٣٦/٦ ق (٦٨/١/٢٤)　　　　س ١١٢/١٩

□■□

تناقض

(المبدأ ١) : التناقض ـ ماهيته ـ أثره

التناقض فى الدعوى هو أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الأول الذى يقوله فى دعواه ، وهو مانع من سماع الدعوى ومن صحتها ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ فيما لا يخفى سببه مادام باقيا لم يرتفع ، ولم يوجد ما يرفعه ، بامكان حمل احد الكلامين على الآخر ، أو بتصديق الخصم او بتكذيب الحاكم ، او بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع امكان التوفيق بحمل احد الكلامين على الآخر ، وهو يتحقق كلما كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد ، وكان أحدهما فى مجلس القاضى ، والآخر خارجه ، ولكن ثبت أمام القاضى حصوله ، او يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى .

نقض ٤١/٤٠ ق (١٥/١/٧٥) س ٢٦

نقض ٤٧/٣٨ ق (٥/١/٨٠) س ٣١

□■□

(المبدأ ٢) : التناقض مانع من سماع الدعوى ومن صحتها فيما لا يخفى سببه مادام باقيا لم يرفع ولم يوجد ما يرفعه . ويتحقق التناقض كلما كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد وكان احدهما فى مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن يثبت امام القضاء حصوله .

من المقرر فى فقه الشريعةالاسلامية أن التناقض مانع من سماع الدعوى ومن صحتها فيما لا يخفى سببه مادام باقيا ولم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بامكان حمل حد الكلامين على الآخر او بتصديق الخصم او بتكذيب الحاكم او بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع امكان التوفيق بحمل احد الكلامين على الآخر وهو يتحقق كلما كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد وكان احدهما فى مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن ثبت أمام القاضى حصوله ، اذ يعتبر الكلامان وكأنهما فى مجلس القاضى يستوى فى ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده ، أو من المدعى عليه ـ واذ كان ذلك وكانت دعوى المطعون عليها على الطاعن انه عقد عليها عقدا صحيحا شرعيا وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية ببنت تتناقض مع اقوالها فى تحقيقات شكوى سابقة وما قررته فيها من أنها لم تكن زوجة للطاعن لا بعقد صحيح ولا فاسد خلال المدة التى كانت ظرفا لحمل البنت . كما أن أقوالها قد تناقضت مع اقوال شهودها من أن الطاعن قد عقد عقدا صحيحا

بايجاب وقبول شرعيين بحضورهم فى منزل والدة المطعون عليها وهو تناقض يتعذر معه التوفيق على النحو الذى قال به الحكم المطعون فيه فأن دعوى نسب البنت من الطاعن بسبب الزوجية تكون غير صحيحة شرعا واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه على واقعة الدعوى .

نقض ۲۹/۱۰ ق (٦٢/١/٧) س ٧٣/١٣

□■□

(المبدا ٣) : التناقض ا ن يصدر م ن المدعى كلام او فعل معارض لدعواه

التناقض شرعا أن يصدر من المدعى كلام او فعل معارض لدعواه ومن شروط تحققه أن يكون الكلام الأول مثبتا حقا لشخص معين .

ق ٩٢٨/٦٩٥ العياط (٢٩/٩/١٦) م ش ٥١٧/١

□■□

(المبدا ٤) : التناقض كما يمنع دعوى المدعى لنفسه يمنعها لغيره .

المنصوص عليه أن التناقض كمايمنع دعوى المدعى لنفسه يمنعها لغيره كما فى الفصل العاشر فى التناقض بالدعوى بالجزء الأول من جامع الفصولين.

ق ٣٤/١١١ ك مصر (٣٦/٤/١٤) ت س م ش ١٢١/١/٩

□■□

(المبدا ٥) : التناقض كما يكون من شخص واحد يكون من شخصين فى حكم شخص واحد كوارث ومورث ووكيل وموكل .

المنصوص عليه شرعا أن التناقض يبطل الدعوى وانه كما يكون من شخص واحد يكون من شخصين فى حكم شخص واحد كوارث ومورث ووكيل وموكل .

٣٤/١٦٥٧ طنطا (٣٧/٣/٢٢) م ش ٣٥٩/٩

□■□

(المبدا ٦) : التناقض الذى يفسد الحكم .

يشترط فى التناقض الذى يفسد الأحكام أن يكون الحكم المطعون فيه قد صدر على خلاف حكم سابق نهائى فاصل فى الموضوع المتنازع فيه بين

□■□

الطرفين المتخاصمين فلا يقبل الدفع بتناقض الحكم مع حكم آلخر لم يكن الطاعن خصما فيه .

٧/٣٩٠ ق (٢٨/٦/٢٨) م ش ٩/٧٤٤

□■□

(المبدأ ٧) : يرتفع التناقض بامكان التوفيق بين الكلامين .

التناقض فى الدعوى وهو أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه مانع من سماعها لاستحالة ثبوت الشيء وضده ، ويرتفع فتسمع الدعوى بامكان التوفيق بين الكلامين المتناقضين من المدعى أو المدعى عليه ـ وهذا هو القياس وقيده فى البحر بأن لا يكون المتناقض ساعيا فى نقض ما تم من جهته لأن كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه الا فى موضعين وفى قضاء الأشباه الا فى تسع مسائل .

أما فى الاستحسان فلا يكفى امكان التوفيق وهو مقدم على القياس وهو الأصح (يراجع رسم المفتى والبحروالجزء الأول من الأشباه والنظائر ومن قرة عيون الأخيار الجزء الثالث من الدر المختار ورد المحتار)

أجمع فقهاء الحنفية على أن التناقض يرتفع اذا أمكن التوفيق بين الكلامين المتناقضين ووفق التناقض بينهما فعلا . وفى جامع الفصولين جا ص ١١٠ ما نصه :

(والأصوب عندى أن التناقض اذا كان ظاهرا كسلب وايجاب والتوفيق خفيا ينبغى الا يكفى امكان التوفيق والا ينبغى أن يكفى الامكان) ـ ويرتفع التناقض كذلك بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الكلام الأول بشرط امكان حم لاحد الكلامين على الآخر بتكذيب الحاكم له . وهو مغتفر مقبول فيما كان محل خفاء (كالنسب) كما نص على ذلك فى معتبرات الكتب ، ففى الهداية فى أول باب دعوى النسب (ومبنى النسب على الخفاء فيغتفر فيه التناقض) وفى الدر المختار فى باب دعوى النسب (لو قال لست وارثا ثم ادعى انه وارث وبين جهة الارث صح اذ التناقض فى النسب عفو) أما ما ليس محل خفاء فان التناقض فيه غير مغتفر وغير مقبول (كما تقضيه القواعد والفروع والأمثلة فالزوجية مثلا لا يغتفر فيها التناقض لأنها مما لا يخفى اذ ركن الزواج الايجاب والقبول من الزوجين شرعا ، فاذا تناقضت الزوجة بين دعواها وبين اقرارها كان ذلك تناقضا فى دعوى العلاقة المنتجة للنسب وهى الزوجية ولم يكن ذلك تناقضا منها فى دعوى النسب حتى يغتفر ووجب عدم سماع دعواها وكان القضاء يستقر على ذلك .

٤٦/١٦٨٠ ك س مصر (٤٨/٥/٩) م ش ٢٠/١٩٧

□■□

(المبدا ٨) : التناقض يرتفع بالتوفيق وهو ان يصحح المدعى كلا الكلامين .

نص على ان التناقض يرتفع بالتوفيق وهو أن يصحح المدعى كلا الكلامين ولا يحكم عليه بمنعه من دعواه متى كانت متناقضة ما لم يستوضح منه عن وجه التوفيق .

٢٨/٦٩٥ العياط (٢٩/٩/١٦) م ش ١/١٧ه

□■□

(المبدا ٩) : يشترط فى ارتفاع التناقض بترك الأول الى الثانى امكان حمله عليه .

ان الفقهاء نصوا على ان التناقض فى الدعوى (وهو ان يسبق من المدعى كلام ينافى الكلام الذى يقوله فى دعواه) مانع شرعا من سماعها لاستحالة ثبوت الشىء وضده ما دام باقيا ولو ارتفع التناقض صحت الدعوى.. وما قاله وكيل المدعية من ان التناقض ارتفع بترك الكلام الأول فلا يرتفع به التناقض لأن قول المتناقض تركت الأول انما يرفع التناقض بشرط امكان حمل أحد الكلامين على الآخر وذلك كما اذا ادعاه بدون سبب .

٣٢/٨٠٣ ابو قرقاص (٣١/١/٣٤) ت س م ش ٥/٩٣٩

□■□

(المبدا ١٠) : يرتفع التناقض بترك المدعى ما يخالف ما يدعيه اخيرا .

يرفع التناقض بترك المدعى ما يخالف ما يدعيه اخيرا .

٢٩/١٤٧ ك مصر (٣١/٣/١٠) م ش ٣/١٥٤

□■□

(المبدا ١١) : لا يسمع الدفع بالتناقض لانكار الزوج للزوجية فى دعوى سابقة لارتفاع التناقض بتكذيبه من الحاكم برفض دعواه وبتصديق الزوجة فضلا عن ان التناقض لا يضر فى النكاح والطلاق .

حيث أن انكار المدعى زواجه المدعى عليها فى قضية (سابقة) لا يمنع من دعواه طلب وقف تنفيذ حكم نفقتها لمضى سنة على طلاقه لها لأن التناقض قد ارتفع بتكذيب الحاكم له حيث رفضت دعواه منع التعرض فى حقوق الزوجية ولأنها صادقته فى هذه الدعوى على الزوجية التى يدعى سبقيتها

والتناقض يرتفع بتصديق الخصم ـ على انه فوق ذلك فالتناقض لا يغير في النكاح والطلاق .
١٦٦٤ /٣٣ بورسعيد (١٢/١/٣٥) ت س م ش ٦/٤٤٤

□■□

(المبدا ١٢) : التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم الكلام الأول .
التناقض متى ارتفع بتكذيب الحاكم للكلام الأول لا يمنع من سماع الدعوى بالكلام الثانى المناقض للأول كما هو معروف فى كتب الفقه .
٣٤/٢٠٠٤ المنصورة (٨/١٠/٣٥) م ش ٧/٢١٢

□■□

(المبدا ١٣) : ارتفاع التناقض يرتفع بتكذيب الحاكم كما يكون بقيام الدليل على عكس الدعوى والحكم بمقتضى هذا الدليل .
ارتفاع التناقض بتكذيب الحاكم انما يكون بقيام الدليل على عكس الدعوى والحكم بمقتضى هذا الدليل . اما رفض الدعوى للعجز عن اثباتها فلا يكون تكذيبا للمدعى فلو ادعى ما يناقض هذه الدعوى بعد رفضها لا يقبل منه للتناقض .
٣٦/١٢٥٨ طنطا (٤/٥/٣٦) ت س م ش ١٨/١٩٥

□■□

(المبدا ١٤) : يرتفع التناقض بتصديق الخصم .
يرتفع التناقض بتصديق الخصم للمدعى فيما يدعيه .
٤٣/٢٠٧١ جرجا (٢٦/٢/٤٥) م ش ١٨/١٩٥

□■□

(المبدا ١٥) : التناقض لا يمنع من سماع الدعوى ـ شرطه .
التناقض لا يمنع من سماع الدعوى اذا وجد ما يرفعه بامكان حمل احد الكلامين على الاخر ، او بتصديق الخصم او بتكذيب الحاكم ، او بقبول المتناقض ترك الكلام الأول مع امكان التوفيق بين الكلامين وحمل احدهما على الاخر ، واذ يبين من الأوراق ان دعوى الطاعنة ضد المطعون عليه ـ ثبوت نسب ابنتها منه ـ انه تزوجها بعقد صحيح عرفى وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية بابنتها ، وكان ما اثبتته الطاعنة فى الشهادة

الادارية التى قدمتها مع طلب الحج ، من أنها لم تتزوج بعد طلاقها من زوجها الأول ، هذا القول لا ينفى لزوما أنهـا زوجة للمطعون عليه بعقـد عرفى وانما ينصرف الى نفى زواجها بوثيقة رسمية ، وذلك لما هو متواضع عليه فى مصر من اطلاق الزواج على الزواج الموثق فقط ـ لما كان ذلك فلا يكون هناك تناقض بين الكلامين يمنع من سماع الدعوى .

نقض ٣٩/١٩ ق (٧٣/٤/٢٥) س ٢٤ ص ٦٧٨

□■□

(المبدا ١٦) : لا يرتفع التناقض المانع من سماع دعوى نفقة الأقارب (لادعاء المدعى يسار المدعى عليه ثم ادعائه أعساره) بدفعه بان ادعاء اليسار خطأ وسبق قلم .

وحيث أنه متناقض فى دعواه ولم يستطع رفع التناقض فى دعواه يسار المدعى عليهما واعسارهما وكل ما ذكره انه متمسك بدعوى الفقر والاعسـار وما جاء من اليسار فهو سبق قلم وهذا لا يرفع التناقض فقد جاء فى الأنقروية (ادعى على رجل انه كان باع منه عبدا واستحق منه واراد الرجوع عليـه ثم ادعى هذا المدعى على غيره وقال كانت الدعوى الأولى غلطا لا يصح التناقض) وفى البزازية جزء ٢ ص ٣٣٦ (ادعى على زيد انه دفع اليه مالا ليدفعـه الى غريمه وحلفه ثم ادعى على خالد وزعم ان دعواه على زيد كانت ظنا لا يقبل) وفى البزازية أيضا ص ٣٢٧ جزء ٢ (ادعاه لغيره بوكالة او وصاية ثم لنفسـه لا تسمع الا اذا وفق قائلا كان له ثم اشتريته منه بعد الدعوى الأولى وبرهن وكذلك اذا ادعاه لزيد بالوكالة ثم لعمرو كذلك ووفق كما ذكرناه لأنه بدعواه الثـانية لا يصير معرضا عن الأولى لان كل مشـتر متعهد بالملك لبـائعه قال الحصيرى وعلامة التوفيق الا يصـير بدعواه الثانية معرضـا عن الأولى) . فالتوفيق الذى يرفع التناقض هو الذى يجمع بين الدعويين وأن الاعراض عن الأولى والرجوع عنها لا يعد توفيقا ولا يرفع تناقض اما ما جاء فى البزازية عن الذخيرة من أنه لو ادعاه ملكا مطلقا فدفع الخصم بانه قد ادعاه قبل ذلك ملكا بسبب وبرهن فعدل المدعى عن الملك المطلق واعاده بذلك السبب بطل الدفع وسمعت فقد رواه صاحب البحر وقال ان رجوع المتناقض عن الكلام الأول يرفع التناقض وجعل ذلك قاعدة ، لكن ابن عابدين استظهر ان هذا بحث من صاحب البحر ونقل عن النهر أن هذا استخراج منه ، ودعا الى التامل والتدبر فيه وقال أن فرع البزازية لا يدل على الكلية التى استنبطها وانما هو حكم لصورة جزئية وأنه لا تناقض بين المطلق والمقيد وأن ادعاء القيد ثالثا انما هو توفيق فى الواقع (راجع البحر وحاشية ابن عابدين عليه) .

٣٦/٤٠٩ الفشن (٣٧/٥/٢٧) م ش ٩٢٧/٩

□■□

(المبدأ ١٧) : يغتفر التناقض فى انقضاء العدة بالحيض .

يغتفر التناقض فى دعوى انقضاء العدة بالحيض لكونه لا يعلم الا من قبل المرأة فيخفى ، فاذا اتصل بدعواه ما يخرجه عن الخفاء لم يعذر المتناقض فيه ، فلو ادعى الوارث انقضاء عدة المطلقة ممن مورثه بالحيض وأن ذلك اتصل به زواجها امام بينة وقد صدر منه أو من مورثه ما يناقض ذلك لا يغتفر هذا التناقض لأن الحيض فى هذه الحالة يعلم بزواجها امام البينة فلا يخفى فلا يعذر المتناقض فيه .

٣١/٦ المنصورة (٣١/٣/٢٢) م ش ٦٦٧/٢

□■□

(المبدأ ١٨) : التناقض الذى يوجد فى المحل الذى هو حق الله معفو عنه .

يؤخذ من النصوص الشرعية أن التناقض الذى يوجد فى المحل الذى هو حق الله معفو عنه فان البينة لو قامت على ما يوجب الحرمة بين الزوجين كالطلاق ولو بدون الدعوى أو مع تناقض المدعى تقبل ولا يضر التناقض المذكور حتى لو تصادقا فى حق الله تعالى على خلاف البينتين لا يعتبر لو اختلفت من زوجها ثم برهنت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع تقبل بينتها ولها أن تسترد بدل الخلع ولو كانت متناقضة .

٢٩/٣٧٦ منوف (٣٠/٤/٨) م ش ٦٦٤/٢

□■□

(المبدأ ١٩) : لا تناقض بين ادعاء التنازل عن حكم الطاعة وبين ادعاء شغله المسكن .

ادعاء التنازل عن حكم الطاعة لا يتناقض مع دعوى شغل المسكن بل يتصادقان فقد يجتمعان وقد ينفردان بل المفهوم أن الشغل من أثر التنازل عن حكم الطاعة ومن لوازمه فذكر احدهما لا يمنع أن يكون معه الآخر فلا يؤدى الى التناقض .

٣٠/٧٠٥ كرموز (٣١/٢/٢٨) ت س م ش ١٤٢/٣

□■□

(المبدأ ٢٠) : التناقض فى الزواج مغتفر لانه من حقوق الله .

ان النكاح من حقوق الله وترفع به الدعوى حسبة فيغتفر فيه التناقض.

٣٢/١١١ فارسكور (٣٣/١٠/٣١) ت س م ش ٤٤٦

□■□

(المبدأ ٢١) : لا تناقض بين دعوى الأداء ودعوى الابراء ، فاذا ادعى انه اوفاه دينه ثم ادعى انه ابراه منه تسمع ولا تناقض .

جاء فى فتاوى الأنقروية فى الثانى عشر من باب التناقض من الجزء الثانى ما نصه (رجل ادعى على آخر دينا فقال المدعى عليه قد اديته ثم ادعى أنه ابراه يكون مسموعا ولا تناقض لأنه لا تناقض فيه يقال براءة قبض واستيفاء) .

٣٩/٦٠٣ بنى سويف (٣٤/١٢/٥) ت س م ش ٧/ ٤٩٠

□■□

(المبدأ ٢٢) : التناقض مغتفر فى دعوى النسب .

يغتفر التناقض فى دعوى النسب .

٣٤/١٢٩٧ المنيا (٣٤/٥/١٨) ت س م ش ١٠/ ١٧١

٢٩/١٤٧ ك مصر (٣١/٣/١٠) م ش ٣/ ١٥٤

□■□

(المبدأ ٢٣) : دعوى الفراش الصحيح لاثبات النسب ـ التناقض فيها لا يغتفر ـ لا محل للقول بان التناقض فى النسب عفو مغتفر .

التناقض فى ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر اذ هو ليس محل خفاء ، فانه لامحل لاستناد الطاعنة الى ما هو مقرر من أن التناقض فى النسب عفو مغتفر وتجوز فيه الشهادة بالسماع لأن التناقض هنا واقع فى دعوى الفراش الصحيح الذى يراد به اثبات النسب .

نقض ١١/٤٤ ق (٧٦/٢/٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٢٤) : لا يغتفر التناقض فى النسب الا فيما كان خاصا بالاصول والفروع ، فلا تسمع دعوى الميراث بسبب العصوبة ممن سبق اقراره بانه من ذوى الأرحام .

المنصوص عليه شرعا أن من ادعى الارث بطريق الرحم لا يملك دعواه الارث بطريق العصوبة ، وبما أن التناقض فى دعوى النسب لا يغتفر الا فيما كان خاصا بالأصول والفروع ـ فقد جاء فى الفتاوى الأنقروية (واما التناقض المعفو فى النسب فصورته لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول أنه ابنه تسمع دعواه) هكذا صوره العينى فى شرح الكنز

فظاهره ان النسب المذكور فى كلام المصنف خاص بالأصول والفروع ، وأما تناقض ما عداهم فانه يمنع لما قدمناه من انه اذا انكر اخوته عند طلب الانفاق عليه فمات فادعى بعده انه اخوه طالبا ميراثه لم يسمع وارجعوه الى التناقض فى دعوى الملك لكونه لا تصح الدعوى بانه اخوه الا اذا ادعى حقا .

واضافت محكمة الاستئناف « انه يبعد كل البعد أن يقر المستانفان باتصالهما بالمتوفاة من جهة الأم مع وجود اتصالهما من جهة الأب فان الناس يحرصون عادة على حفظ انسابهم لآبائهم وما يتصلون بهم من العصب ولا يعتنون كثيرا بمن يتصلون به من جهة الأم (المحكمة العليا الشرعية جلسة ١٩٣٦/٢/٢٥) .

٣٤/٢١ ك مصر (٣٥/١٢/٢٢) م ش ١١١/٨

□■□

(المبدأ ٢٥) : التناقض فى اسم الجد الجامع وفى طريق النسب للمتوفى فى دعوى الارث مانع من سماع الدعوى .

وحيث انه متى ثبت تناقض المدعية فى اسم الجد الجامع لمحجورها ــ وثبت تناقضها فى طريق نسبه للمتوفى . وحيث ان الدعوى هى فى الواقع دعوى مال وليست من دعاوى النسب المجردة التى يغتفر فيها التناقض فى النسب كما نص على ذلك فى أول باب التناقض من الأنقروية فيكون التناقض مؤثرا فى سماعها .

١٨٩٥/٣٠ ك مصر (٣٢/٧/١٨) ت س م ش ٨٥٩/٤

□■□

(المبدأ ٢٦) التناقض فيما هو محل خفاء ــ ومنه النسب ــ عفو مغتفر .

التناقض فيما هو محل خفاء ــ ومنه النسب ــ عفو مغتفر . ولا يعتبر كذلك التناقض فى دعوى الزوجية والفراش الصحيح لأنه ليس محل خفاء .

١٠/٩ ق (٦٢/١/١٧) ق ١٢/ ٧٣

□■□

(المبدأ ٢٧) : التناقض فى النسب يرتفع باتفاق الخصوم على ما انتهى اليه المدعى وصحح به دعواه .

يرتفع التناقض فى دعوى النسب للارث باتفاق الخصوم على ما انتهى اليه المدعى وصحح به دعواه مما يخالف ما ادعى به أولا بالنسبة لسلسلة النسب المدعى الارث بسببه .

١٣٠/١٣٨ العليا (٤٠/١/٨) م ش ٢٢/١٢

□■□

(المبدأ ٢٨) : التناقض فى موضوع الخفاء عفو .

التناقض فى موضوع الخفــاء عفو ـ واذا كان الطلاق ممــا يخفى على الزوجة فان دعواها مقبولة رغم الاقرار بالزوجية .

٢٩/٣٩ ق (٢٣/٥/٦٢) ش ١٣/٦٦٤

□■□

(المبدأ ٢٩) : التناقض فى موضوع الخفاء عفو .

نص الفقهاء على أن التناقض فى موضوع الخفــاء عفو ــ فاذا أقر بشىء ثم ادعى شيئا آخر يناقض ما أقر به وكان ما يدعيه مما يخفى عليه بســببه قبلت دعواه ، ولا يؤثر فيها اقراره بما يخالفه ، كما أنهم نصوا على أنه لا عبرة بالظن المبين خطؤه ، فاذا ظن أمرا وتبين خطؤه فله أن يدعى غيره ولا يؤثر فى هذا الظن الذى تبين انه خطأ .

٤٨/٥٠ العليا الشرعية (٢١/٦/٤٨) م ش ١٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٣٠) : الحمل يغتفر التناقض فيه .

ان الحمل مما يخفى على المراة ويغتفر التناقض فيه .

٣٠/٣٢ ق (٢/١/٦٣) ش ١٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٣١) : التناقض فىدعوى النسب مانع من سماعها ومن صحتها الا اذا امكن التوفيق بين الكلامين .

التنــاقض يمنع من سـماع الدعوى ومن صحتهــا فيما لا يخفى سببه ما دام باقيــا لم يرتفع ، فاذا ارتفع بامكان التوفيق بين الكلامين لم يمنع من سماع الدعوى ، وهو يتحقق متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحدفى مجلس القــاضى يستوى فى ذلك أن يكون التنــاقض من المدعى أو منــه ومن شهوده أو من المدعى عليه .

نقض ٤٦/٢٥ ق س ٢٩ ص ١٣٧٩

□■□

(المبدأ ١) : احكام النفقات النهائية بطبيعتها تنفذ بطريق الحبس ولو استانفها المحكوم عليه .

حكم النفقة المنفذ حكم لمطلقة بني على تفويض الرأى للمحكمة فى تقرير نفقة الفقراء وقد حكم بذلك حال هؤلاء اذ هو بمائة قرش صاغ شهريا للنفقة بأنواعها فطبيعـــة الحكم لا تقبل الاستئناف ، فاذا كان المدعى عليـــه قد رفع استئنافا فيه حقيقة فانه لا غرض له من ذلك الا ما اعتقـــده خطأ من أن ذلك يكون حجر عثرة فى طريق تنفيـــذه بالحبس وأن منشـــور الوزارة رقم ١٦٩ سنة ١٩١١ انما قضى بوقف تنفيذ الأحكام الغير نهـــائية فلا يتناول الأحكام النهائية مثل الحكم المنفذ .

١٩٢/٣١ السيدة (٣١/١١/٩)　　　　　م ش ٥٦٥/٣

□■□

(المبدأ ٢) : لا يمنع من تنفيذ الحكم الصادر بضم الصغير الى حاضنته سبق تنازلها عنه .

وحيث أن الحكم بضم الصغير الى أحد والديه انما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه لا مصلحة الخصوم اليه ، وبما أن تنازل المستشكل ضدها عن تنفيذ الحكم هو من باب التزام ما لا يلزم ، ولها حق الرجوع فيه ، وتنفيذها الحكم بعد هذا التنازل رجوع عنه على أنها لا تملك هذا التنازل لأن كون الولد فى يدها لم يقصد به مصلحتها وانما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه فتنازلها عن شىء لا تملكه يعتبر ضربا من اللغو .

٨٠٦/٣٩ مغاغة (٣١/٨/١٥)　　　　　م ش ٣٦٨/٣

□■□

(المبدأ ٣) : السكوت عن التنفيذ بالنفقة مدة طويلة بعد الصلح .

سكوت المحكوم له بالنفقة عن التنفيذ مدة طويلة بعد الصلح قرينة على وضع يده بمقتضى محضر الصلح على ما رضى باستغلاله نظير التنازل عن حكم النفقة يقتضى المنع عن المطالبة بها من تاريخ التنازل .

٢٩٨/٣٥ ببا (٣٦/٥/٩)　　　　　م ش ٢٠٦/٧

□■□

(المبدأ ٤) : عدم اتخاذ المحكوم لها ـ برد اعيـان جهازها ـ اجراءات لتنفيذ هذا الحكم مانع من اجابتها لطلب قيمة الجهاز .

حيث ان المنصوص عليه شرعا أن رد عين المغصوب هو الموجب الأصلي لأنه اتم وجوهه واعدل واكمل فى رد الصوره والمعنى ، ولا يصار الى القيمـة الا عند تعذر رد العين ، حتى أنه يطالب برد العين قبل الهلاك لأن الحق متعين فيها وذلك لأنه لو اتى بالقيمة مع قيام العين لا يقيد به لقصورها طبقا للراجح من المذهب . ومن حيث انه لا سبيل الى تحقيق ذلك الا بالتنفيذ على المدعى عليه بالحكم المذكور فى مكان وجوده حيث توجد معه تلك الأعيان وقد كان عدم بيـان وكيلها جهة التنفيذ بالرغم من استيضـاحه اياها أمارة على أنه يريد الحصول على القيمة دون العين لكونها أرجح عنده . ومن حيث أنه وإن كان على المدعى عليه أن يرد اليها تلك الأعيان فى مكان غصـبه الا أنه لا سبيل الى ذلك ما دام انها بيتـت له الامتناع عن استلامها لتتوصل الى القيمـة ولو لم يحن وقتها ضرورة ان تلك الأعيان لا تزال قائمة على انه يتعذر عليه اذا حملها اليها الاشهاد على تسليمها لها .

ومن حيث انه يؤخذ من ذلك انه ليس على المدعى عليـه الا انه يعرض عليها تلك الأعيان وقد فعل ذلك وأثبته بالبينة الشرعية التى لم يبد وكيلها نحوها شيئا معتبرا فيتعين قبول ما دفع به . ومن حيث انه لا ضير عليها اذا سارت فى التنفيذ عليه بحكم رد اعيان جهازها المذكور فى مكان وجودها مادام أنه الطريق المعـروف عرفا واذ ذاك يلزم بآثار هـذا التنفيـذ ويتعين رفض الدعوى .

٣١/٢٤٧ كوم حمادة (٣٢/٤/١٤) م ش ٤/٣٢١

□■□

(المبدأ ٥) : عدم وجود الزوجة عند التنفيذ يؤخذ منه انها هاربة الا اذا قدمت الدليل على عدم وجودها .

عدم وجود الزوجة فى المنزل الذى تقيم فيه عند التنفيذ يؤخذ منه أنها هاربة من وجه المنوط بالتنفيذ اذا لم تقدم ما يدل على أن عدم وجودها بمحل الاقامة كان بحق .

٣٥/٨٧٢ ك س مصر (٣٦/٥/١١) م ش ٩/٢٣٩

□■□

(المبدأ ٦) : اذا تبين ان الحاجزة مسخرة بقصد الاضرار بالغير وجب وقف التنفيذ .

اذا تبين أن الحاجزة بحكم بنفقة مسـخرة فى الحجز من زوجها المحكوم عليه بالتنفيذ قصد الاضرار بغيره فانه يجب وقف التنفيذ والغاء الحجز .

٣٧/١٩٠٧ههيـا (٣٨/١٠/١٠) م ش ٩/٣٣٩

□■□

(المبدا ٧) : نفقة الزوجة مقدمة فى التنفيذ .

المقرر شرعا ان نفقة الزوجة مقـدمة فى التنفيذ على سائر الأقارب متى ظهر أنها مستحقة لها .

٣٧/٦٠٥ تلا (١٠/٥/٣٨) ١١/٨/١١٣

□■□

(المبدا ٨) : يجاب الزوج بعد مضى سنة على تاريخ الاقرار بالفرقة الى طلب وقف تنفيذ حكم النفقة لانقضاء المدة لأن هذا الاقرار فى حق الفرقة يعتبر طلاقه من تاريخه .

لم يشترط القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ فى وقف تنفيذ حكم النفقة بعد مضى سنة من تاريخ انطلاق أن يكون هذا الطلاق محكوما به .

٣٨/١٧١٦ الضواحى (٢٨/١١/٣٩) ت س م ش ١٢/١/٩٧

□■□

(المبدا ٩) : متجمد النفقـة عن مدة معينة اذا تم التنفيـذ به مرتين بحكمين كان للمحكوم عليه استرداد احدهما .

استصدار حكمين بالحبس فى متجمد نفقة مدة معينة تم تنفيذهما بالأداء يجعل للمحكوم عليه الحق فى استرداد أحدهما .

٤٨/١٨١ الزقازيق (٢٦/٥/٣٨) ت س م ش ٢١/١٩٠

□■□

(المبدا ١٠) : لا تستحق الزوجة متجمد نفقة عن مدة كانت تعيش فيها تموينا مع زوجها .

اذا ثبت أن الزوجة كانت تعيش مع زوجها تموينا فى المدة التى تنفذ بمتجمدها فان هذا التجمد لا يعتبر دينا صحيحا وتمنع من التنفيذ به .

٤٨/٦٣٢ بنهـا (١٩/٩/٤٩) م ش ٢١/١٩٥

□■□

(المبدا ١١) : توقيع الحجز ثم التنازل عنه من الزوجة الفقيرة دليل على صورية التنفيذ .

تكرر توقيع الحجز من الزوجة الفقـيرة ثم التنـازل عنه دليل على صورية التنفيذ .

٤٨/٦٣٢ بنها (١٩/٩/٤٩) م ش ٢١/١٩٥

□■□

(المبدا ١٢) : عدم التنفيذ بالحكم خمسة عشرة سنة .

عدم التـأشير على الحكم بالتنفيـذ طيلة خمس عشرة سنة مع وجود زوجة اخرى تقاسمها حق الزوجية قرينة التواطؤ ودليل الكيدية بمن قاسمها حقها حال حياته وبمن فرض الشارع لهم حق الارث فى تركته بعد وفاته .

٥٠/٦٧ ملوى (٢٣/٣/٥٠) م ش ٢٢/١٩٨

(المبدأ ١٣) : الموظف المنوط به تنفيذ حكم الطاعة .

الموظف المنوط به تنفيذ حكم الطاعة لا يملك بمقتضى وظيفته الا ان يتولى تنفيذ حكم الطاعة بادخال الزوجة مسكن الطاعة أو أن يرفع الاشكال الذى يقدم اليه الى المحكمة لتقول كلمتها فيه ، وليس له ابداء الرأى فى الأدوات التى اشتمل عليها مسكن الطاعة بأنها مستوفاة أو غير مستوفاة أو لائقة أوغير لائقة لخروج ذلك عن دائرة اختصاصه .

٥٠/٢١٧٥ الجيزة (٥١/٣/١٩) ت س م ش ٢٢/٦٦٠

□■□

(المبدأ ١٤) : الزوجة مقدمة فى تنفيذ حكم النفقة .

الزوجة مقدمة عن غيرها فى تنفيذ حكم النفقة الصدر لها على زوجها فيحكم لها بأولويتها فى الحجز على ربع راتب زوجها لتستوفى هى أولا ما حكم لها به عليه والباقى ينفذ منه لغير الزوجة من الحاجزين .

٢٨/٨٢٤ عابدين (٢٩/٤/٢١) م ش ١/٢١٩

□■□

(المبدأ ١٥) : تواطؤ الزوجين على فرض النفقة مانع من اجابة طلب تقديم التنفيذ بها على غيرها .

حيث أن التواطؤ بين المدعية وزوجها ظاهر جدا من الاجراءات ــ وأن الغرض من هذه الدعوى التحايل للاضرار بالمدعى عليها الأولى ويتعين رفض الدعوى .

٣١/٨٧ الضواحى (٣٢/١/٣٠) ت س م ش ٥/٨٩٨

□■□

(المبدأ ١٦) : تنفيذ احكام النفقة الصادر فى مسائل الأحوال الشخصية بالطريق الادارى . اختلاف اجراء الحجز فى هذه الحالة ــ تحت يد احدى الجهات الادارية ــ عن اجراءات حجز ما للمدين لدى الغير فى قانون المرافعات ــ المادة ٣٥٠ مرافعات عدم انطباقها عندالتنفيذ بالطريق الادارى .

نصت المادة ١٢ من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ على أن « تنفذ الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لما هو مقرر فى لائحة الاجراءات الواجب اتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٤ ابريل سنة ١٩٠٧ » وقد جاء بمذكرته الايضاحية أن الطريق الادارى الذى تجيز اللائحة تنفيذ

الأحكام به أيسر للمتقاضين ، ويكفل سرعة التنفيذ مما يتلاءم مع طبيعة الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد تضمنت اللائحة المشار اليها فى المادة ١٩ منها الاجراءات التى تتبع فى تنفيذ الأحكام الشرعية اذا كان المحكوم عليه مستخدما فى الحكومة فنصت على انه « اذا كان المدين المحكوم عليه مستخدما فى الحكومة او من أرباب المعاشات يجوز توقيع الحجز على الجزء الجائز حجزه من ماهيته أو معاشه فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون ويجب على الدائن فى هذه الحالة أن يقدم للمصلحة التابع لها المستخدم طلبا على الاستمارة الخاصة بذلك ويشتمل على اسم ولقب وصناعة ومحل اقامة كل من الطالب والمدين وكذلك مقدار المبالغ المستحقة بالضبط الى تاريخ الطلب ، ويرفق بالطلب نسخة الحكم المقتضى التنفيذ بموجبها وصورة منها — اذا كان لم يسبق اعلانه — ويعلن الحكم للمستخدم بافادة من المصلحة يبين فيها فى الوقت نفسه الحجز الذى وقع ، والمبلغ الذى انبنى عليه الحجز ، وكذلك مقدار المبلغ المحجوز عليه ، وتدفع المبالغ المحجوزة عند حلول مواعيد استحقاقها للدائن بموجب ايصال يحرر على ظهر السند » وتختلف اجراءات هذا الحجز عن اجراءات حجز ما للمدين لدى الغير المنصوص عليها فى المواد من ٣٢٥ من قانون المرافعات ، والتى يحصل الحجز وفقا لها بموجب ورقة من أوراق المحضرين تعلن الى المحجوز لديه ، ويتم الوفاء فيه بالايداع فى خزينة المحكمة . واذا كانت المادة ٥٧٤ من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٣٥٠ من القانون الحالى — التى وردت بين المواد المنظمة لاجراءات حجز ما للمدين لدى الغير — قد جعلت مبدأ الثلاث سنوات المقررة لسقوط الحجز الواقع تحت يد احدى المصالح الحكومية هو تاريخ اعلان الحجز لها ، أو تاريخ ايداع المبالغ المحجوز عليها خزانة المحكمة . وكان اى هذين الاجراءين لا وجود له فى اجراءات الحجز المنصوص عليها فى المادة ١٩ من اللائحة ، كما ان هذا الحجز بحسب الدين الذى يوقع عليه وطبيعته الدورية المتجددة — باعتباره مرتبا شهريا — وما يقتضيه نظام الوفاء فيه من ان يتقدم الدائن الحاجز شهريا للجهة الحكومية المحجوز لديها لقبض النفقة المحجوز من أجلها وهو ما تتحقق معه الغاية التى توخاها المشرع فى المادة ٥٧٤ من اشتراطه تجديد الحجز أو اعلان الحاجز لديه باستبقاء الحجز كتعبير عن رغبته فى التمسك باستمراره ، فانه يتجافى بحسب طبيعته واجراءاته وما توخاه الشارع فيه من التيسير على المتقاضين مع تطبيق حكم المادة ٥٧٤ من قانون المرافعات السابق والتى تقابلها المادة ٣٥٠ من قانون المرافعات المعمول به .

نقض ٤٣/٣٧٨ ق　　　　　　　　س ٢٩ ص ٦٤٠

□■□

(المبدأ ١٧) : وقف تنفيذ حكم النفقة المنفذ به تحت يد احدى الجهات الادارية . كيفيته . وجوب استصدار حكم قضائي بذلك . القضاء بان حكم النفقة يفقد قوته بمجرد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق - خطأ في القانون .

المطلقة في ظل الأحكام التى كان معمولا بها بمقتضى القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ كانت تستطيع ان تحصل على نفقة عدة بغير حق لمدة طويلة مما أثار الشكوى من تلاعب المطلقات واحتيالهن ، ودعا المشرع الى اصدار القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ مقررا فى الفترة الأولى من مادته ١٧ منه انه « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » ونظرا لأن احكام النفقة تصدر من غير تحديد مدة فقد رؤى من اللازم استكمالا للنص المشار اليه ومسايرة لحكمه أن يوضع حد للمدة التى تستطيع الزوجة المحكوم لها بنفقة زوجية ان تحصل خلالها على النفقة اذا ما طلقها زوجها المحكوم عليه بعد صدور الحكم المشار اليه ، فنص المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ١٨ على انه « لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » ومع ان المشرع قد استهل النص بعبارة « لا يجوز تنفيذ » مما قد يبعث على الاعتقاد بأن الخطاب فيه موجه الى القائمين على التنفيذ ، الا ان المشرع قد قصد منه تحديد حق الزوجة فى اقتضاء نفقة زوجية بموجب حكم صادر لها ابان قيام الزوجية - اذا ما طلقها زوجها بعد صدور الحكم - بمدة سنة من تاريخ الطلاق . فاذا تجاوزت المطلقة هذا الحق كان لمطلقها أن يحتج قبلها بحكم المادة المشار اليها ، وسبيله فى ذلك هو الدفع به فيما ترفعه ضده من دعاوى او اشكالات فى التنفيذ او النفقة او ابطال المقرر لها ، ويكون الحكم الصادر بذلك سندا له فى منع الالتجاء الى القضاء بالطلب لاستصدار حكم بكف يد مطلقته عن التنفيذ بحكم التنفيذ بحكم النفقة كما يكون ايضا - بعد اعلانه لجهة الادارة - القائمة على تنفيذ حكم النفقة اذا لم يكن قد صدر فى مواجهتها - سند لتلك الجهة فى الامتناع عن اقتطاع النفقة للمطلقة ، وبغير ذلك لا يتاتى للمحكوم عليه بالنفقة أن يجبر جهة الادارة المنوط بها تنفيذ الحكم على وقف تنفيذه لما فى ذلك من اهدار للحجية الواجبة للأحكام القضائية ، وتعليق مصيرها على مشيئة القائم على استقطاع النفقة من مرتب الزوج وتقديره توافر شروط اعمال هذا النص او تخلفها ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فاقام قضاءه على ان مفاد نص المادة ١٨ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ أن حكم النفقة يفقد قوته كسند تنفيذى بانقضاء سنة من تاريخ الطلاق دون حاجة الى استصدار حكم بذلك وان خطاب المشرع فيه الى الكافة بما فيهم المحكوم لها والقائمون على التنفيذ والمحجوز تحت يدهم ، ورتب على استمرار الطاعن الثانى فى تنفيذ حكم

النفقة بعد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق تحقق الخطأ الذى يدخل فى عداد الفعل غير المشروع فى جانبه ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق لقانون تأويله .

نقض ٣٧٨ س ٢٩ ص ٦٣٩

□■□

(المبدأ ١٨) : مرفقات طلب التنفيذ .

الفقرة السادسة من المادة الأولى من لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية تنص على أن يرفق بالطلب (طلب تنفيذ) صورة من الحكم المقتضى تنفيذه وعليها الصيغة التنفيذية ، وكذلك صورة بسيطة من الحكم بعدد ما يلزم اعلانه من الاعلانات اذا كان لم يسبق اعلان الحكم ، فوضح من هذا أن القائم بالتنفيذ لابد أن يكون معه حين التنفيذ صورة الحكم التنفيذية حتى لو كان سبق اعلانه بها .

قيام المحضر بالتنفيذ ـ بمقتضى الفقرة السادسة من المادة الأولى من لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية وامتناع المعلن اليه عن الدفع ، وكذلك التنفيذ بطريق الحبس مما يجعل الحكم معلنا اعلانا قانونيا يترتب عليه آثاره من قطع مدة المعارضة واستئناف وغير ذلك .

٢٠٢٧/٤٠ ك س مصر (٥٤/٥/١) م ش ٤٥/١/١٣

□■□

تــوبة

(المبدأ ١) : تعريف التوبة .

التوبة كما فى الفخر الرازى عبارة عن النــدم على الفعل القبيح الذى مضى والعزم على أن لا يأتى بمثله بعد ذلك ، لكن فى شريعة موسى عليه السلام لا تتم الا بقتل النفس .

٤٨/١٠٩٤ العطارين (٤٩/٥/١٥) ت س   م ش ٥٣٧/٢١

□■□

(المبدأ ٢) : ما تحقق به التوبة .

تتحقق التوبة بأمور (الأول) : اقرار التائب صريحا اقرارا صحيحا خالصا لله بالمعصية ــ (الثانى) : الاقلاع عن هذه المعصية نهــائيا والرجوع عنها رجوعا لا عودة بعده اليها ــ (الثالث) : العزم الأكيد والتعهد معه بعدم الرجوع والعودة اليها قولا وفعلا والتلوم على ما كان ومحاربة النفس لتبقى على عهدها فلا تعود الى المعصية مرة أخرى ــ (الرابع) : العــكوف على الاستغفار والالحاح فى طلب العفو وتحقير نفسه يوم ارتكب فعلتــه الشنعاء (الخامس) : ذكر الله دائما وحضوره فى القلب والتقــرب اليه بالطــاعات والعمل الصالح وراب الصدع الذى أحدثته هذه الفعلة فى حقوق الله والعباد بازالة اسباب الفساد الناتج عنها بالاحسان والقيام بالطاعات لأنها اسلام بعد كفر ومجرد النطق بلشهادتين دون العمل لا يكفى للتوبة ، فعن أبى هــريرة رضى الله عنه عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما أخرجه الشيخان وابو داود والنسائى وحديث ابن عمر عن مسلم والترمــذى وابى دواد قــال « حدثنى عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال بينما نحن جلوس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم اذ طلع عليه رجل شديد البياض شديد سواد الشعر فقال : يا محمد اخبرنى عن الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليــه وسلم : « الاسلام أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رســول الله وتقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم رمضان وتحج بيت الله ان استطعت الى ذلك سبيلا » ــ كما جاءنا حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وحديث أنس بن مالك وحديث عبد الله بن عمر « المسلم من سلم المسلمون من لســانه ويده والمؤمن من آمنه الناس على دمائهم واموالهم » ــ ورواية أخرى عن عبد الله ابن عمر واخرجه الشيخان « أمرت أن اقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فاذا فعلوا ذلك

عصموا منى دمائهم واموالهم الا بحق الاسلام وحسابهم على الله » — وفى هذه الأحاديث الشريفة اكبر دليل على ان الاسلام لا يتم بمجرد الشهادتين بل لابد من العمل بالأوامر باطاعة اوامر الله والقيام باركان الاسلام تامة كما فى حديث (بنى الاسلام على خمس ....) ، ولذلك شرط الفقهاء لاتمام التوبة أن لابد من التبرىء بأن يبرأ التائب الى الله من كل دين يختلف عن دين الاسلام ومن كل معصية خصوصا ما كانت سببا فى ردته — (السادس) أن يكون طائعا مختارا فى توبته قاصدا بها رحمة الله تعالى طالبا بها عفوه عما اقترف من ذنب وما ارتكب من معصية لا مكرها بدافع دنيوى او عمل يغطى به معصية مع الاصرار فى قلبه على خلافها فانها حينئذ تكون توبة معللة لم يقصد بها وجه الله والدين دفاعا عن منصب او كسب لخصومة او اهدار لحق العبد او مجاراة للشر بوصله حلقة ظاهرة فى حياته الدنيوية أمام العالم وفى قلبه ما يخالف ذلك (نص على التبرىء قولا وفعلا مما كان ومن غير دين الاسلام فى رد المحتار والبحر) — (السابع) : ان تكون فى وقت يمكن ان تأتى فيه توبته توبة نصوحا وقد بين ذلك فى الآية الكريمة (انما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فاولئك يتوب الله عليهم وكان الله عليما حكيما) ، « وليست التوبة للذين يعملون السيئات حتى اذا حضر احدهم الموت قال انى تبت الآن ولا الذين يموتون وهم كفار اولئك اعتدنا لهم عذابا اليما » « سورة النساء » (لقد تاب الله على النبى والمهاجرين والأنصار الذين اتبعوه فى ساعة العسرة من بعد ما كان يزيغ قلوب فريق منهم ثم تاب عليهم انه بهم رحيم ، وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم انفسهم وظنوا الا ملجأ من الله الا اليه ثم تاب عليهم ليتوبوا ان الله هو التواب الرحيم) ، فقد نصت الآية الأولى على زمان التوبة بقوله (ثم يتوبون من قريب) أى فى زمان حدده المفسرون بعد وقوع المعصية وقبل أن يدرك العاصى الموت فاذا تاب وقت حشرجة الروح فى صدره وزمان طلوعه امن حسده لا يكون تائبا ويموت على الكفر والعياذ بالله تعالى ، وبين ذلك فى قوله تعالى (وليست التوبة على الذين يعملون السيئات حتى اذا حضر احدهم الموت قال انى تبت الآن ولا الذين يموتون وهم كفار) ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ان الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر اى وقت حشرجة الموت ، الفخر الرازى جـ ٢ والكشاف جـ ١ ، ٢ .

٤٨/١٠٩٤ العطارين (٤٩/٤/١٥) ت س م ش ٥٣٧/٢١

□■□

ج

جهـــاز

جهـــاز

(المبدأ ١) : الجهاز فى يد الزوج امانة :

جهاز الزوجة فى يد الزوج امانة وكل ما كان كذلك لا يضمن الا بالتعدى والتعدى ان يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فجهاز الزوجة لا يضمن الا بالتعدى .

٤٣/٣٤٨ ديروط (٤٥/٣/٦) م ش ٤٧/١٧

□■□

(المبدأ ٢) : ضمان الزوج لجهاز الزوجة .

الجهاز أمانة فى يد الزوج وهى لا تضمن الا بالتعدى الذى يكون بالامتناع عن التسليم بدون حق . وتصح الكفالة به باعتبار أنها معلقة لا منجزة ، وذلك للعرف بين المتعاقدين وبه يترك القياس استحسانا ، والتعليق هو اضـافة الضمان الى حين وجود السبب ولا تصح اذا كانت منجزة وتقع باطلة وتصح بالتسليم ولازمها تسليم العين فقط .

٤٤/٥٧٦ اسيوط (٤٥/٦/١١) م ش ١٥٩/١٧

□■□

(المبدأ ٣) : الجهاز فى يد الزوج امانة .

الجهاز فى يد الزوج أمانة فاذا طولب به وامتنع من تسليمه انقلبت يده يد ضمان وصار فى حكم الغاصب شرعا وقانونا .

٤٦/٢٠٧٥ سوهاج (٤٨/٥/٥) م ش ٢٢٢/٢٠

□■□

(المبدأ ٤) : الخلاف فى متاع البيت .

اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت وكان مما يصح استعماله لكلٍ منهما فالقول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد .

٣١/٤٥ القصير (٣٢/٩/١٣) م ش ٣٥٠/٦

□■□

(المبدا ٥) : تلف المتاع باستعمال الزوجة .

اذا تلف متاع الزوج باستعمال زوجته مع اذنه لها بالاستعمال فلا يكون مضمونا عليها .

٣١/٤٥ القصير (٣٢/٩/١٣) م ش ١٥٠/٦

□■□

(المبدا ٦) : الدعوى الكيدية بالجهاز .

مادام الزوج يعيش مع زوجته ، وليس من خصومة بينهما ، وما دام يتضح من اقراريهما انهما يعيشان على جهازهما ، ومادام الزوج وافق زوجته على دعواها ضد والدته الكفيلة فى الجهاز ــ فتكون كيدية للاضرار بوالدته ويتعين رفضها .

٣٨/٢٨ كفر صقر (٣٩/١/١٨) م ش ٥٨/٣/١١

□■□

(المبدا ٧) : ادعاء الزوج بقاء المتاع وانكار الزوجة ذلك .

اذا ادعى الزوج بقاء متاعه وانكرت الزوجة ذلك ولا بينة له حلفت وانقضت دعواه .

٢١/٤٥ القصير (٣٢/٩/١٣) م ش ١٠٥/٦

□■□

(المبدا ٨) : لا تسمع دعوى الزوجة على والد زوجها بطلب جهازها أو قيمته متى سبق امتناعها عن استلامه .

وحيث انه لا خصومة بين المدعية والمدعى عليه الثانى تضطرها الى رفع هذه الدعوى اذ انه مقر بوجود الجهاز فى يده غير ممتنع من تسليمه اليها فلا يمكن اعتباره غاضبا وبالتالى لا يكون خصما فى هذه الدعوى . ومن حيث ان اباءها عن الاستلام دليل على قصدها الاضرار بالمدعى عليه على ارادة الكيد له والانتقام منه فتكون بذلك ظالمة والظالم لايعان بل يجب أن يرد عليه قصده .

٣٣/١١١٧ اسيوط (٣٤/٩/٢٢)ت س م ش ٤٢/٦

□■□

(المبدأ ٩) : غصب الجهاز وتجهيله .

غصب الجهاز وتجهيله متحدان فى الحكم وهو لزوم رد العين ان كانت قائمة وقيمة القيمى ومثل المثل ان كانت هالكة أو مستهلكه .

١٤٤١/٤٢ ديروط (٤٥/١٠/٣٠) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدأ ١٠) : الغصب والتجهيل مختلفان ما هية .

الغصب التجهيل مختلفان ماهية وما ورد من النصوص دالا على أن التجهيل من الغصب محمول على اتحادهما فى الحكم .

١٤٤١/٤٢ ديروط (٤٥/١٠/٣٠) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدأ ١١) : تعريف الغصب :

النصوص الفقهية متضافرة على ما يفيد عدم التناقض بين الغصب والتجهيل بل ان بعضها يقرب لنا اعتبار التجهيل نوعا من الغصب . فقدعرف الفقهاء الغصب شرعا بانه أخذ مال متقوم محترم بلا اذن من له الاذن على وجه يزيل به يده بفعل فى العين ــ وقالوا ان الفيد الأخير لازم على رأى الشيخين حيث اعتبرا فى الغصب ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة ، وفرعوا على هذا مسائل منها أن زوائد المغصوب غير مقبوضة عندهما لعدم تحقق ازالة اليد المحقة ــ وان العقار لا يغصب عندهما لعدم تحقق الازالة بفعل لأن يد المالك لا تزول الا باخراجه منه وهو فعل فيه هو دون العقار خلافا لمحمد لتحقق مطلق الازالة واثبات اليد المبطلة ــ فما هية الغصب على كلا القولين تتحقق سواء أوجدت العين بعد الغصب أم هلكت ، ولذا نصوا على أن حكمه الاثم ووجوب رد العين ان كانت قائمة فى مكان غصبها لتفاوت القيمة باختلاف الأمكنة واجرة الرد على الغاصب وان كانت هالكة او مستهلكة وجب رد قيمتها فالغصب بما هيته وحكمه لا يقتضى وجود العين ولا هلاكها ، وكذلك ماهية التجهيل وحكمه لا يقتضيان وجود العين ولا هلاكها .

قال ابن عابدين ص ٦٨٤ جزء ٤ : معنى موته مجهلا ان لا يبين حال الأمانة كما فى الأشباه . قال فى مجمع الضمانات ص ٨٧ معنى موته مجهلا الا يبين حال الوديعة ، وكان يعلم أنوارثة لا يعلمها ، أما اذا عرف الوارث الوديعة والمودع يعلم انه يعلم ومات ولم يبين فلا تجهيل ولم يضمن كذا فى الأشباه والخلاصة والفصولين ، فهذه ماهية التجهيل شرعا ، وهى عدم البيان من المورث مع عدم العلم بها من الوارث ، وهذا المعنى مناسب لمعنى

التجهيل اللغوى وهو الايقاع فى الجهالة ، وواضح أن عدم البيان وعدم العلم لا يستلزم شيء منهما وجود المعلوم او عدمه ، فالتجهيل يصح أن يتحقق مع وجود العين أو عدمها . يزيد فى وضوح هذا ما جاء عن الفقهاء فى حكم التجهيل . فقد نص فى تنقيح الحامدية جزء ٢ ص ٧٨ على مايأتى : « والذى تحرر من كلامهم أن المودع أن أوصى بالوديعة فى مرض موته ثم مات ولم توجد فلا ضمان فى التركة وان لم يوص فلا يخلو اما أن يعرفها الورثة أو لا ، فان عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد فلا ضمان فى التركة ، وان لم يعرفوها وقت موته فلا يخلو اما أن تكون موجوده أو لا ، فان كانت موجوده وثبت أنها وديعة ، اما ببينة أو اقرار الورثة أخذها صاحبها ولا يتوهم انه فى هذه الحالة مات مجهلا فصار دينا ، فيشارك أصحاب الديون لأن هذا عند عدم وجودها ، أما عند قيامها فلاشك ان صاحبها أحق فان لم توجد فهى حينئذ دين فى التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة ، وان وجد بعضها وفقد بعضها فان كان مجهلا أحد صاحبه الموجود ورجع بالمفقود فى التركة والا أخذ الموجود فقط ، وان مات وصارت دينا فان كان من ذوات الأمثال وجب مثلها والا فقيمتها ـ فهذا صريح فى أنه اذا مات ولم يوص ولم يعرفها الورثة (يعنى مات مجهلا) صريح فى ان التجهيل يصح معه أن توجد العين كلها أو بعضها ولا يمكن أن يفهم قوله ولا يتوهم الى آخره نفى للتجهيل عند وجودها لأن النفى سلط على مشاركة أصحاب الديون صاحبها يوضح هذا قوله فان كان مات مجهلا أخذها صاحبها الموجود فهذا حكم التجهيل ، صرح الفقهاء فيه بوجود العين مع التجهيل ـ وخلاصته أنها ان كانت موجودة وجب ردها وان هلكت وجبت قيمة القيمى ومثل المثلى وهذا بذاته حكم الغصب فلا تناقض بينهما ما هية ولا حكما فهما يجتمعان وان لم تتحد ماهيتهما بل أن بعض النصوص يقرب لنا اعتبار التجهيل نوعا من الغصب وان كان فى هذا تسامح .

١٤٤١/٤٢ ديروط (١٠/٣٠/٤٥) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدأ ١٢) : تجهيل الجهاز لموت الأمين علعيه .

تجهيل الجهاز بموت الأمين عليه مجهلا بمعنى أن يموت ولا يبين حالته ولا يعلمه وارث فان عرف الوارث الأعيان وعلمت صاحبة الجهاز أن الوارث يعلم ومات المورث ولم يبين فلا تجهيل .

١٤٤١/٤٢ ديروط (١٠/٣٠/٤٥) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدا ١٣) : اثبات التجهيل .

يثبت التجهيل متى ادعى الوارث أن لا علم له بالأمانة ووافقه صاحبها على ذلك فان ادعى صاحبها التجهيل وانكره الوارث وقال كانت معروفة وهلكت فالقول لصاحبها بيمينه ويقضى فيها بحكم العين المجهولة .

١٤٤١/٤٢ ديروط (٣٠/١٠/٤٥) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدا ١٤) : دعوى الغصب لا تطلح مع الجهالة .

دعوى الغصب لا تصلح شرعا مع الجهـالة فلا يلزم فيهـا ذكر تاريخ الغصب .

١٤٤١/٤٢ ديروط (٣٠/١٠/٤٥) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدا ١٥) : يكفى فى ادعاء الغصب والتجهيل اثبات احدهما .

اذا ادعى الغصب والتجهيل معا فثبت أحدهما كان ذلك كافيا للحكم .

١٤٤١/٤٢ ديروط (٣٠/١٠/٤٥) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدا ١٦) : ما يستهلك من اعيان الجهاز مضمون متى وجـد سبب الضمان .

الدفع بأن بعض أعيان الجهاز مما يستهلك كالملابس غير مقبول لأن ذلك لا يمنع أن تكون أمانة كغيرها تضمن اذا وجد سبب الضمان ولذا تحـرر القائمة بها على معنى انها مضمونة متى هكلت على أنه لا يلزمها وهى فى بيتـه أن تلبس من مالها فما تلبسه من ذلك مضمون عليه .

١٤٤١/٤٢ ديروط (٣٠/١٠/٤٥) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(لمبدا ١٧) : ثبوت قيمة الجهاز فى التركة .

الحكم بثبوت قيمة الجهاز فى التركة وأن للمدعى استيفاء مثلهـا من التركة متى وجدت ليست له قوة التسليط بنفسه بل لابد من دعوى جديدة

يثبت فيها وجود التركة ومايلزم لهذه الدعوى من شروط فلا يرد انه تسليط على التركة بدون ان تدعى وبدون ان تقام البينة .

٤٢/٤٤١ ديروط (٤٥/١٠/٣٠) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدا ١٨) : دعوى الجهاز ليست من مشتملات المادة ٩٩ لائحة .

دعوى الجهاز ليست من مشمولات المادة ٩٩ من اللائحة ، فلاتحتاج لمسوغ لأنها قد تكون على غير الزوج فالزجية ليست شرطا ولا سببا للجهاز المدعى .

٤٢/٤٤١ ديروط (٤٥/١٠/٣٠) م ش ٤٠٨/٧

□■□

(المبدا ١٩) : تعتبر قيمة الجهاز وقت الغصب .

تعتبر قيمة الجهاز يوم الغصب وهو اليوم الذى حصلت فيه المطالبة والامتناع .

٤٦/٢٠٧٥ سوهاج (٤٨/٥/٥) م ش ٢٢٢/٢٠

□■□

(المبدا ٢٠) : المدة المانعة من سماع الدعوى بالجهاز تبدا من وقت الغصب .

دفع الدعوى بعدم سماعها لمضى المدة لا يقبل متى تبينت حيلته وتبتدىء المدة المانعة من سماع الدعوى بالجهاز من وقت الغصب لأنه الوقت الذى يثبت فيه حق المطالبة أمام القضاء .

٤٢/٤٤١ ديروط (٤٥/١٠/٣٠) م ش ٤٨/٧

□■□

(المبدا ٢١) : اختصاص المحاكم المدنية بدعوى جهاز الزوجة او دفع ثمنه .

الدعوى التى ترفعها المطلقة بمطالبة مطلقها برد جهاز الزوجية أو بدفع ثمنه عند تعذر رده هى دعوى مدنية بحتة من اختصاص المحاكم الأهلية ، ليس فيها ما يصح أن يدخل فى اختصاص القضاء الشرعى ، أو ما يصح أن

تنطبق عليه احكام الشريعة . واذن فلا تتقيد المحاكم المدنية فى مثل هذه الدعوى بالأحكام الشرعية المتبعة أمام القضاء الشرعى فى تعيين طرق الاثبات وفى تحميل عبئه وفى اجراءات التحقيق بل ذلك كله يكون على وفق قواعد القانون المدنى وقانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية .

نقض ١٠٦ ، ١٢٩/١٤ ق (٤٥/٤/١٩)

□■□

(المبدا ٢٢) : لا تختص المحاكم الشرعية بالحكم على الزوج برد مبلغ لزوجته ووالدها انفق على اعداد الجهاز ولو كان بعضه فى الأصل مقدم الصداق (١) .

اذا كان المبلغ المحكوم به من المحكمة الشرعية على الزوج برده لزوجته ووالدها انماهو مبلغ حصل الاتفاق على اعداد الجهاز به ، أى أنه ثمن لجهاز لم يتم شراؤه ، فالنزاع على هذا المبلغ ـ ولو كان فى الأصل مقدم الصداق ـ هو نزاع مالى صرف مما تختص به المحاكم المدنية ، لا نزاع على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية المختصة بها المحاكم الشرعية . ولذلك يكون الحكم الصادر من لمحكمة المدنية بوقف تنفيذ حكم المحكمة الشرعية لخروجها فيه عن ولايتها ، غير مخالف للقانون .

نقض ١٧٧/١٧ ق (٤٩/٣/١٧)

□■□

رجع المادتين ٥ ، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ح

حبس

حجـــر

حراســـة

حســـاب

حســـبة

حضـــانة

حـــكر

حـــكم

حمـــل

حـــوالة

حيض

حبس (١)

(١) الاكراه البدنى فى القانون المصرى ــ ولو انه غير جائز فى المواد المدنية والتجارية ــ جائز فى بعض المواد الشرعية ، فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن . فقد نصت المادة ٢٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على انه «اذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وامرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما اذا ادى المحكوم عليه ما حكم به ، أو احضر كفيلا ، فانه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين فى الدين جائز بالشروط الآتية :

١ ــ أن يثبت امتناع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم .

٢ ــ أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادرا فى نفقة أو اجرة حضانة أو رضاع أو مسكن .

٣ ــ أن يكون المحكوم عليه قادرا على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس الا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وانما يمتنع عن الوفاء تعنتا ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

٤ ــ أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية التى بدائرتها محل التنفيذ .

٥ ــ الا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما ، ويخلى سبيله بعد انتهائها أو قبل انتهائها اذا اثمر الضغط على المدين فادى ماحكم به أو احضر به كفيلا.

حبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله ، فالحبس اذن ليس الا اكراها بدنيا غير مبرىء للذمة . (راجع الوسيط للدكتور السنهورى جزء ٢ ص ٨٠٢) .

□■□

(المبدأ ١) : لا يتوقف الحكم بالحبس عند الامتناع من اداء نفقة الأقارب على سبق صدور امر بالاستدانة .

الأصل فى نفقة الأقارب كما نص عليه الفقهاء انها لا تكون دينا فى الذمة الا باستدانتها فعلا بأمر القاضى . ومن حيث أن عمل المحاكم الشرعية كلها فى مصر استقر على تنفيذ الأحكام الصادرة منها بالحبس وبغيره بدون استدانة فعلية اذا كان المفروض له النفقة مأذونا بالاستدانة ، ومن حيث ان الاذن بالاستدانة فى هذه الحالة صار عملا شكليا ليس له اثر حقيقى فى الخارج بل هو تمسك باللفظ فقط .

٣٥/٢٩٤ السيدة (٣٦/٢/٩) م ش ٢٣٥/٧

□■□

(المبدأ ٢) : لا حاجة الى امر المحكوم عليه بالأداء فى دعوى الحبس اذا كان قد امر به فى اصل الحكم . ويكتفى مطالبته باعلانه بدعوى الحبس اعلانا قانونيا خصوصا اذا ظهر انه استعمل المراوغة وتهرب من وصول اعلان هذا الأمر اليه .

وحيث أن المدعى عليه مامور بالأداء بحكم النفقة فلا داعى الى تكرار الأمر واعلانه بذلك ، وبما أن المنصوص عليه شرعا أن القاضى لا يعجل بحبس المدين بل يمهله الى مجلس او مجلسين او ثلاث . وبما أن حبس المدعى عليه فى هذه الحالة لا يتنافى مع تعليمات الحبس لأن عادة المحاكم كانت قبلا تقرر الفرض وكثير منها لا يامر بالأداء وفى هذه الحالة يحتاج الى امر القاضى بالأداء حتى يكون الامتناع مطلا وظلما يستحق من اجله الحبس .

٣٧/١٠٧ الفيوم (٣٨/٣/٩) م ش ١٥٦/٩

□■□

(المبدأ ٣) : المحكوم عليه بالحبس اذا ادعى عند القبض عليه براءة ذمته من الدين ولم يصادقه الطالب وقدم اوراقا يرفع الأمر الى المحكمة التى بدائرتها القبض عليه فاذا رفع الى غيرها كان لهذه احالتها الى المحكمة المختصة من تلقاء نفسها .

نص فى البند السابع عشر من تعليمات الحبس على أن المحكوم عليه بالحبس اذا ادعى عند القبض عليه براءة ذمته من الدين ولم يصادقه الطالب وقدم أوراقا يرفع الأمر الى المحكمة التى بدائرتها القبض عليه .

٣٣/٢٦٩٠ الجمالية (٣٩/٨/٢٦) م ش ٣٥٣/٩

□■□

(المبدأ ٤) : الحبس بسبب الامتناع عن دفع النفقات ونحوها ليس عوضا عن المبلغ المحكوم بالحبس من أجله .

الحبس بسبب الامتناع عن دفع النفقات ونحوها ليس عوضا عن المبلغ المحكوم بالحبس من أجله وانما جعل للحمل على التسديد والردع عن المطل، ولا يلزم قياس مدة الحبس بمقدار المبلغ بل للقاضى حبس المماطل المدة التى يراها كافية لحمله على الامتثال فلا وجه للاستشكال فى تنفيذ حكم الحبس بتسديد بعض المبلغ المحكوم بالحبس من أجله (١) .

٣٧/٣٦٠ الزقازيق (٢٧/١٠/٢٨)　　　　م ش ١٠/٧٥٠

□■□

(المبدأ ٥) : اذا ظهر بعد الحكم بالحبس فى النفقات أن المحكوم عليه معسر يوقف تنفيذ حكم الحبس ويفرج عنه فى الحال ان لم يكن محبوسا لسبب آخر .

حيث أن الشريعة الاسلامية والقانون يمنعان حبس المعسر فى نظير النفقة لأن حبسه حينئذ ظلم تتنزه عنه الشرائع السماوية والوضعية . ومن حيث انه لذلك يجب تحقق اليسار عند التنفيذ كما يجب تحققه عند الحكم وهذا هو المفهوم أيضا من الاجراءات المتبعة لأن المكلف بالتنفيذ يطالب المدين بالدفع أولا فان دفع خلى سبيله وان أبى متعنتا قبض عليه أما اذا كان غير متعنت كما اذا كان معسرا واثبت ذلك بالدليل الشرعى فلا يسع المحكمة الا ان ترفع عنه الظلم وتطلق سراحه تحقيقا للعدل .

ومن حيث ان الاقرار أقوى الحجج وقد اعترفت المستشكل ضدها باعساره حالا وذلك بمثابة الاذن بالافراج عنه ولا وجه يمنع ذلك لاستمرار حبسه ولا لتنفيذ الحكم عليه ابتداء (٢) .

٣٢/١٢٩٢ طنطا (١٣/٣/٣٣)　　　　م ش ٤/٧٩٧

□■□

---

(١) واذا حبسه (الحاكم) لا تسقط عنه النفقة وتؤمر بالاستدانة حتى ترجع على الزوج اذا ظهر له مال ، فان قال الزوج للقاضى : احبسها معى كان لى موضعا فى الحبس خاليا فالقاضى لا يحبسها معه ولكنها تصير فى منزل الزوج ويحبس الزوج لها (ص ٤٩٤ جزء أول من الفتاوى الهندية) .

(٢) واذا كان مال الزوج فى العسرة معلوما للقاضى فالقاضى لا يحبسه (ص ٤٩٤ جزءأول من الفتاوى الهندية) .

(المبدأ ٦) : الايداع المقيد لا يوقف اجراءات التنفيذ فى قضايا الحبس.

لا توقف اجراءات التنفيذ فى قضايا الحبس لمجرد ايداع المبلغ على ذمة الفصل فى دعوى براءة الذمة بل لا بد من تقديم اوراق تدل على براءة الذمة على فرض صحة تلك الأوراق .

٣٧/٣٦٠ الزقازيق (٣٨/١٠/٢٧) م ش ١٠/٧٥٠

□■□

(المبدأ ٧) : قاضى الحبس له تقدير قيمة الدفع ببراءة الذمة .

لقاضى الحبس تقدير قيمة الدفع ببراءة الذمة هل هو جدى يوقف من اجله التنفيذ بالحبس او حيلى لا يلتفت اليه ولا يؤثر فى اجراءات القضية ، للقاضى متى تبين له أن الدفع ببراءة الذمة حيلى ان يأذن بصرف المبلغ المودع على ذمة طالب التنفيذ .

٣٧/٣٦٠ الزقازيق (٣٨/١٠/٢٧) م ش ١٠/٧٥٠

□■□

(المبدأ ٨) : العقوبة فى الحبس لا تتجزأ .

اذا ثبت أن المبلغ المحكوم بالحبس من اجله لا تستحق المحكوم لها جزءا منه لا يترتب على ذلك رفع العقوبة بمقدار ما يقابله من المدة المحكوم بها اذ العقوبة لا تتجزأ والحكم واجب التنفيذ بكل المدة المحكوم بها الى أن يدفع المحكوم عليه جميع المبلغ الذى حكم عليه بالحبس من اجله .

٣٤/٣٤٠ الجمالية (٣٤/٢/٢٦) م ش ١١/٥/٦٧

□■□

(المبدأ ٩) : اذا طلب حبس الأصيل نظير متجمد نفقة زوجية وصغير وحبس الكفيل نظير نفس متجمد نفقة الزوجية ودفع الأول بعض المبلغ المطلوب الحبس من اجله لزمه بيان اى المتجمدين المذكورين اراد الدفع منه لمعرفة ما يحبس الكفيل من اجله .

حيث أن المطلوب فى هذه الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الأول انما هو دينان احدهما مشمول بالكفالة وهو متجمد نفقة المدعية والآخر مطلق وهو متجمد نفقة الصغير ومن حيث أن المنصوص عليه شرعا انه اذا ادى المديون فى مثل هذه الحالة بعض الدين كان القول قوله فى بيان جهة الدفع لأنه المملك فهو ادرى بجهة التمليك (يراجع الجزء الثانى من تنقيح الحامدية باب المداينات ص ٢٤٣) .

٥٠/٣ طما (٥١/١/٢) م ش ٢٢/٦٥٩

□■□

(المبدأ ١٠) : ثبوت براءة الذمة من بعض الدين الذى حكم بالحبس فيه لا يقتضى انقاص المدة المحكوم بها ـ علة الحبس المماطلة ـ والحمل على الأداء .

ثبوت براءة ذمة المدين من بعض الدين الذى حكم عليه بالحبس فيه لا يقتضى انقاص المدة المحكوم بها لأن علة الحبس المماطلة والحمل على الأداء وهى قائمة ما بقى جزء من الدين فى ذمته .

٤٢/١٥٥٠ جرجا (٤٣/٩/١٥) م ش ٢٠/٨٢

□■□

حجــــر

(المبدأ ١) : الحجر لغة وشرعا .

الحجر لغة المنع وسمى العقل حجرا لأنه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى (هل فى ذلك قسم لذى حجر) أى عقل ـ وفى الشرع منع من نفاذ تصرف قولى . والجنون كما فى التلويح اختلال فى القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها وتتعطل افعالها اما لنقصان ما جعل عليه دماغه فى أصل الخلقة واما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط او آفة ، واما لاستيلاء الشيطان عليه والقاء الخيالات الفاسدة اليه بحيث يفرح ويفزع عن غير ما يصلح سببا (ابن عابدين ج٢ ص ٥٨٦) . وقيل المجنون من لا يستقيم كلامه وافعاله الا نادرا والعاقل ضده . وقال بعضهم : المجنون من يفعل افعالا قبيحة عن قصد ، والعاقل من يعقلها احيانا على ظن الصلاح لا عن قصد (جامع الفصولين جزء ٢ ص ١٧٢) وقال الشيخ ابو المعينين رحمه الله : لا يمكن الوقوف على حقيقة الجنون الا بعد الوقوف على حقيقة العقل ومحله وافعاله ، فالعقل معنى يمكن به الاستدلال من الشاهد على الغائب والاطلاع على عواقب الأمور والتمييز بين الخير والشر ومحله الدماغ والمعنى والموجب انعدام آثاره وتعطل افعاله الباعث للانسان على افعال مضادة لتلك الأفعال من غير ضعف فى عامة اطرافه وفتور فى سائر اعضائه يسمى جنونا (كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٧٣) .

٥٢/٤٦٩ تلا (٤/١٢/٥٢) ت س   م ش ٣٩٣/٢٤

(المبدأ ٢) : الحجر ذاته من الحدود ـ وجوب درئه بالشبهات .

المقرر فى قضاء النقض ان الحجر ذاته هو من الحدود بما يجب ان يدرأ بالشبهات ، ولا يستهدف معاقبة المحجور عليه ، بل يرمى الى الحفاظ على امواله .

نقض ٤١/٢٣ ق ٧٥/٢/١٢١   س ٢٦

(المبدأ ٣) : أسباب الحجر .

قال صاحب الهداية : الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة : (١) الصغر ، (٢) والرق ، (٣) والجنون ..

فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ، ولا تصرف العبد الا باذن سيده ، ولا تصرف المجنون المغلوب بحال ، وهذه المعانى الثلاثة توجب الحجر فى الأقوال لا فى الأفعال والصبى والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما ، وعلق صاحب تكملة فتح القدير على قول الهداية (وهذه المعانى الثلاثة) بقوله : التى هى الصغر والرق الجنون توجب الحجر فى الأقوال ، حتى اوجب التوقف على الأقوال التى تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الحجر من الأصل بالاعدام فى صحة أقوال تتمخض ضررا كالطلاق والعتاق فى حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق أ. هـ.) . وذكر صاحب العناية مثل ذلك وزادعليه قوله (وأما ما يتمخض نفعا محضا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر على العموم أ. هـ. فتح القدير جزء ٧ ص ٣١٠ ، ١٣١) فانت ترى من هذا ان الفقهاء لا يجيزون ايقاع الطلاق من المجنون لأنهم يعتبرون الطلاق ضررا محضا لا تقع فيه وتصرفات المجنون القولية الضارة غير نافذة ، وقد اطلقوا فى ذلك فلم يقولوا أن الطلاق يكون نفعا فى بعض الأحوال وضررا فى بعض الأحوال ومترددا بين النفع والضرر فى احوال ثلاثة واذا أمكن ان يقال أن الطلاق يترد دبين النفع والضرر باعتبار توافق الأخلاق وتنافرها فان ذلك لا يمكن ان يدركه المجنون حتى يستطيع أن يتبين التوافق والتنافر .

٥٢/٤٦٩ تلا (٥٤/١٢/٤) ت س   م ش ٢٩٣/٢٤

□■□

(المبدأ ٤) : اقسام التصرفات .

قسم الفقهاء التصرفات الى ثلاثة أقسام : الأول تصرفات نافعة نفعا محضا كقبول الهبة والوصية ، والثانى تصرفات ضارة محضا كالهبة والصدقة والعتاق والطلاق والثالث تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع

---

(١) أما الصغير فلنقصان عقله ، غير ان اذن ليه اية أهليته .

(٢) اما الرق فلرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به . غير ان المولى بالاذن رضى بفوات حقه .

(٣) المجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال .

العبد اهل فى نفسه والصبى ترقب أهليته (هدايه جزء ٣ ص ٢٨٠) .

والشراء والاجارة والصلح ـ وذكروا أن المجنون لا يصح منه هذه التصرفات بجميع اقسامها لأن صحة العبارة بالعقل والتمييز ولا عقل ولا تمييز عنده (الأحوال الشخصية ج٢ ص ٢٠١ والمادة ٤٨٣ من الأحوال الشخصية).
٥٢/٤٦٩ تلا (٥٢/١٢/٤) ت س م ش ٣٦٣/٢٤

□■□

(المبدأ ٥) : ضعف السمع لا يجيز الحجر ما دام لم يؤثر في الادراك .
ضعف السمع وفقد النظر لا يجيزان الحجر ما داما لا يؤثران في الادراك .
٢٨/٣٠ ح ع (٢٩/١٠/١٠) م ش ٣٢٣/١

□■□

(المبدأ ٦) : كبر السن وحده لا يجيز الحجر .
كبر السن وحده لا يجيز الحجر .
٢٨/١٠٢ ح ع (٢٩/١٢/٢٢) م ش ٥٤٠/١

□■□

(المبدأ ٧) : مساعدة الأقارب بالمال لا تجيز الحجر .
مساعدة الأقارب بالمال لا تجيز الحجر طالما أن الشخص سليم الادراك قوي الذاكرة مما يدل على انه حافظ لقواه العقلية .
٢٩/١٩ ح ع (٣٠/٢/١٦)

□■□

(المبدأ ٨) : المجنون من ذهب عقله فلا يعي ما يقول ولا يدرك ما يفعل ، كثير الهذيان واختلاط الكلام .
المجنون من ذهب عقله فلا يعي ما يقول ولا يدرك ما يفعل ، كثير الهذيان واختلاط الكلام والتهيج والانفعالات المصحوبة بالتهديد والوعيد او الضرب أو الشتم ولذا كان غير أهل للتكاليف الدينية لأنه ليس أهلا للالتزام كما أنه ليس أهلا للتكاليف الدنيوية كما هو ظاهر فانه لا يؤاخذ باعماله ولا في جنايته الا ما كان متعلقا بالقتل فانه يؤخذ به وليه .
٥٠/٢٧ لا س دمنهور (٥٠/٩/٦) م ش ٥٢٥/٢١

□■□

(المبدأ ٩): الحجر للسفه(١) يظهر أثره في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل بخلاف غيرها كالنكاح والطلاق والانفاق على النفس والزوجة والولد - للمحجور عليه للسفه ولاية المطالبة بنفقته والانفاق على نفسه لأن ذلك من حوائجه الأصلية التي لا بقاء له الا بها .

ان الفقهاء نصوا على ان الحجر للسفه لا أثر له في التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل ، اما غيرها كالنكاح والطلاق والعتاق ووجوب الزكاة والحج والانفاق على نفسه وولده وزوجته فلا أثر فيها للحجر للسفه - كما قال ابن عابدين في كتابه رد المحتار ص ١٠٢ من الجزء الخامس ما نصه : (ولو أحرم) أي المحجور عليه للسفه (بحجة تطوع دفع اليه من النفقة مقدار ما لو كان في منزله ويقال له ان شئت فاخرج ماشيا الا أن يكون الفاضل وسع في النفقة فقال اكاري بذلك الفضل وانفق على نفسي فلا يمنع من ذلك) فهذا صريح في : أن له ولاية الخصومة في المطالبة بنفقته ، وكيف لا يكون له ذلك وقد اجازوا له أن يتزوج اربع نسوة أو كل يوم واحدة ويلزمه مهر مثلها وفي ذلك من الضرر بماليته ما فيه ، اما الانفاق على نفسه فهو من حوائجه الأصلية التي لا بقاء له الا بها .

٣٢/١٠٧٦ ملوى (١٠/٨/٩٣٢) ع ش ٨/٣٦١

---

(١) قال أبو حنيفة رحمه الله - لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة ، وقال أبو يوسف ومحمد - وهو قول الشافعي رضي الله عنهم يحجر على السفيه من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلفه بلسانه ما منع من يده .

لابي حنيفة انه مخاطب عاقل ، فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير ، فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل ، والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ، ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه في العقوبة ، ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه ، وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطائه آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد (الهداية جزء ٣ ص ٢٨١)

[illegible] على [illegible] – ما هيته – طلب الحجر – عدم جواز توجيهه الى ورثة المطلوب الحجر عليه – وفاة المطلوب الحجر عليه أثناء نظر الطلب – عدم جواز مضى المحكمة فى نظره – وجوب القضاء بانتهاء الطلب ولو كان قد سبق تسجيله .

النزاع فى مواد الولاية على المال ذاتية مستقلة تنطوى على معنى الحسبة حفاظا على اموال ناقص الأهلية او عديمها ، وليس بخصومة حقيقية ، وكان طلب الحجر يستهدف مصلحة خاصة ، ومصالح عامة ترجع كلها الى حفظ مال من لا يستطيع المحافظة على ماله ، فهو بهذه المثابة طلب شخصى لصيق بإنسان موجود على قيد الحياة ، وهو المطلوب الحجر عليه تستدعى حالته اتخاذ تدابير معينة لحمايته من نفسه ومن الغير بفرض القوامة عليه واخضاعه لإشراف محكمة الولاية على المال يوجه الى شخص المطلوب الحجر عليه ، ولا يجوز توجيهه الى خلفه العام ، ولذلك ناطت المادة ٩٦٩ من قانون المرافعات ، بالنيابة العامة وحدها رعاية مصالحه والتحفظ على أمواله وادارتها ، وخولت لها فى هذا السبيل سلطة التحقق من حالة المطلوب الحجر عليه ، وقيام أسباب الحجر التى حددها القانون واقتراح التدابير التى ترى اتخاذها للمحافظة على امواله ، لما كان ذلك وكانت المادة ٤٧ من القانون المدنى تنص على أن : « يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية او الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون » وبنص المادة ٤٧ ق ٥٢/١١٩ : « تنتهى مهمة الوصى – ٤ بفقد أهليته أو ثبوت غيبته او موته او موت القاصر ، وبنص المادة ٧٨ منه على أن يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » – كما تنص المادة ٩٧٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المضافة بالقانون ٥١/١٢٦ والواردة فى باب الاجراءات الخاصة بالولاية على المال على انه : « لا تتبع الإجراءات والأحكام المقررة فى هذا الباب اذا انتهت الولاية على المال ومع ذلك تظل المحكمة المرفوعة اليها المادة مختصة بالفصل فى الحساب الذى قدم لها وفى تسليم الأموال وفقا للاجراءات والأحكام المذكورة » فان مؤدى هذه المواد مجتمعة انه اذا مات المطلوب الحجر عليه قبل صدور حكم فى الطلب المقدم فانه ينتهى الحق فيه وتزول ولاية محكمة الحجر بنظره لهلاك الشخص المراد اخضاعه للحجر والقوامة تبعا لاستحالة أن يقضى بعد الموت بقيد ينصب على شخص المطلوب الحكر عليه أو بالتحفظ على ماله ، يؤيد هذا النظر ان المشرع بموجب المادة ٧٨ ق ٥٢/١١٩ السالفة الاشارة أجرى الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر على القوامة ، وقصد بذلك ، على ما جاء بالمذكرة الايضاحية – أن القواعد الخاصة بالوصاية

تسرى على القوامة بالقدر الذى تتلاءم فى حدود احكامها مع طبيعتها ، مما مفاده انه اذا توفى المطلوب الحجر عليه فقد طلب الحجر محله وموضوعه واستحال قانونا ان تمضى المحكمة فى نظره . وأكد المشرع هذا المعنى فى المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات الآنفة الذكر باستبعاده اتباع الاجراءات والأحكام الخاصة بالولاية على المال ومنها توقيع الحجر ورفعه وتعيين القامة ومراقبة اعمالهم وحساباتهم اذا انتهت الولاية على المال فيما عدا حالتى الفصل فى الحساب السابق تقديمه للمحكمة وتسليم الأموال لورثة ناقص الأهلية ، أو عديميها اعتبارا بان الولاية مشروطة بقيام موجبها من قانون المرافعات ، وعلى ما أفصحت به المذكرة الايضاحية – هى حماية الغير ممن يتعاقد مع المطلوب الحجر عليه ، لم يجعل التسجيل وجوبيا بل ترك لقاضى الأمور الوقتية ، متى تحقق من جدية الطلب خشية اساءة استعماله مع ما يترتب عليه من آثار خطيرة فى سير اعمال من قدم ضده طلب الحجر الأمر الذى لايستلزم استمرار محكمة الولاية على المال فى نظر طلب الحجر بعد وفاة المطلوب الحجر عليه .

نقض ٤٥/١٣ ق (٧٦/٦/١٦) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١) : وفاة المطلوب الحجر عليه اثناء نظر معارضته فى الحكم الغيابى الصادر بتوقيع الحجر عليه . اثره وجوب الحكم بانهاء دعوى الحجز علة ذلك .

توقيع الحجر على شخص يعتبر اجراءا تحفظيا يستهدف منه منعه من أساءة التصرف فى أمواله ، فاذا توفى الشخص استحال أن يتصرف فى تلك الأموال ويزول مقتضى الحجر وعلة الحكم به ، وطالما كان أمر توقيع الحجر معروضا على القضاء ولم يصدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى ، فان الدعوى به تنتهى بوفاة المطلوب الحجر عليه بغير حكم يعرض لأهليته وهذا ما يستفاد من المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال رقم ١٩٥٢/١١٩ الذى يشترط للحكم بتوقيع الحجر أن يكون المطلوب الحجر عليه شخصا بالغا وتعين المحكمة على من يحجر عليه قيما لادارة اموال فاذا انتهت شخصية المطلوب الحجرعليه بموته طبقا للمادة ١/٢٩ من القانون المدنى استحال الحكم لصيرورته غير ذى محل فضلا عن ان اموال المطلوب الحجر عليه تورث عنه بموته عملا بالمادة الاولى من القانون ١٩٤٣/٧٧ الخاص بالمواريث فلا تعود هناك أموال يعهد بها الى قيم لادارتها ويصبح توقيع الحجر لغوا فاذا كان المطلوب الحجر عليه قد توفى اثناء نظر المعارضة المقامة منه عن الحكم الغيابى القاضى بتوقيع الحجر

عليه ، فانه كان يتعين معه الحكم فى تلك المعارضة بانتهاء دعوى الحجر ــ عدم التزام هذا النظر خطأ فى تطبيق القانون .

ط ١٣/٤٩ ق   س ٣١ ص ٣٦٩ ح١

□■□

(المبدأ ١٢) : ادعاء خصم بقيام عارض من عوارض الأهلية .

أن قيام عارض من عوارض الأهلية لدى أحد الخصوم هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضوع فى تقدير الدليل عليه ولا شأن للطبيب فى اعطاء الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها وان الأمر فى ذلك لمحكمة الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب ولا معقب من محكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا

نقض ١٢٩٠/٤٨ ق   س ٣٠ ص ٦٢٣

□■□

(المبدأ ١٣) : طلب توقيع الحجر . جواز تقديمه الى المحكمة من النيابة العامة أو من ذى الشأن. تحقيقه منوط بالمحكمة .

مؤدى نص المادة ٩٩٨ من قانون المرافعات المضافة ضمن الكتاب الرابع بالقانون ١٢٦/١٩٥١ انه يجوز تقديم الطلبات الى محكمة الولاية على المال اما من النيابة العامة مبدية فيها الرأى أو مرجئة اياه الى يوم الجلسة ، وأما من ذى الشأن وفى هذه الحالة يتعين على رئيس المحكمة الابتدائية أو قاضى المحكمة الجزئية بحسب الاحوال أن يحيله الى النيابة العامة لابداء ملاحظتها عليه كتابة فى ميعاد يحدده ، وتعيده النيابة مرفقا به ما قد تكون أجرته من تحقيق ، ولرئيس المحكمة أو القاضى بعد رفع الطلب اليه سلطة الامر بما يراه لازما من اجراءات التحقيق ، وباتخاذ ما يجده مناسبا من الاجراءات الوقتية أو التحفظية ، كما له أن يندب النيابة العامة لمباشرة بعض اجراءات التحقيق شريطة ــ وعلى ما أوردته المذكرة الايضاحية ــ الا يتخلى عن هذا التحقيق برمته الى النيابة العامة ، مما مفادة انه ليس ثمة الزام على النيابة بتحقيق الطلبات التى تقدم سواء منها أو من ذوى الشأن الى محكمة الولاية على المال ، وانما مطلق الحق فى ذلك للمحكمة ، فهى التى تجرى التحقيق اما بنفسها أو عن طريق ندب النيابة لاجراء بعضه مما ينتفى معه الاساس القانونى لتمسك الطاعن ببطلان اجراءات احالة طلب الحجر الى المحكمة لعدم استيفاء تحقيق عناصره بمعرفة النيابة العامة .

نقض ٣٣/٤٦ ق   س ٢٩ ص ١٠٤٧

□■□

(المبدا ١٤) : ما يعنى المحكمة الحسبية وهى تحقق طلب الحجر .

ما يعنى المحكمة الحسبية وهى تحقق طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الاهلية التى تستوجب الحجر ، وفى حالة مرض المطلوب الحجر عليه تنحصر مهمتها فى بحث مدى تاثير هذا المرض على اهليته ، ولا تتعدى ذلك الى التثبت من نوع المرض ومبلغ خطورته واثبات ما لاحظته من اعراضه . استدلال الحكم على سلامة المورث من مرض الموت بخلو محضر انتقال هيئة المحكمة الحسبية مما يشير الى انها لاحظت على المورث اعراض مرض السرطان وآلامه يكون استدلالا فاسدا .

طعن ٢٦/٢٩ ق س ١٥ ص ٢٩٥

(المبدا ١٥) : صاحب الغفلة .

صاحب الغفلة هو الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى تصرفاته ولذلك كان الحجر عليه صيانة لماله ونظرا له .

١٥١٤/٣٥ تلا (٣٠/٣/٣٧) ت.س م ش ١٠/٤٤٥

(المبدا ١٦) : الخصومة من التصرفات التى تخفى على كثير من العقلاء لا يحسنها الا اللبيب الفطن فلا يصح مطلقا ان يوكل امر المحجور عليه للغفلة لنفسه فيها لأنه لا يحسنها وتعود عليه بالضرر وتنتفى بذلك المصلحة التى من اجلها حجر عليه .

لاشك ان الخصومة من التصرفات التى تخفى على كثير من العقلاء ولا يحسنها الا الفطن اللبيب ، فلا يصح مطلقا ان يوكل امر المحجور عليه للغفلة لنفسه فيها لأنه لا يحسنها وتعود عليه بالضرر وتنتفى بذلك المصلحة التى من اجلها حجر عليه ، على انه ممنوع من تصرفات اقل خطرا من الخصومة مراعاة لمصلحته فمنعه من الخصومة بنفسه من باب اولى .

١٥٤١/٣٥ تلا (٣٠/٣/٣٧) ت س م س ١٠/٤٥٥

(المبدا ١٧) : للقيم فى الخصومة بغفلة المحجور عليه المشمول بقوامته اعتباران متميزان احدهما يرجع الى ذات المحجور عليه وهو كونه نائبا عنه ممثلا له فى الخصومة ، والثانى يرجع الى ذاته الشخصية

وهو كونه صاحب اليد على مال المحجور عليه بحكم القوامة ، واذا طلب امره بالتاء النفقة كان الاعتبار الثاني هو المقصود فى الخصومة والقيم بهذا الاعتبار غير الأب — فيكون الحكم بالنفقة ابتدائيا وان قل المحكوم به .

— حيث ان للقيم فى الخصومة اعتبارين متميزين أحدهما يرجع الى ذات المحجوز عليه وهو كونه نائبا عنه ممثلا فى الخصومة ، والثانى يرجع الى ذاته الشخصية وهو كونه صاحب اليد على مال المحجوز عليه بحكم القوامة والقيم فى هذه الدعوى لم يخاصم بالاعتبار الأول فقط حتى يسوغ القول بأنها نفقة للصغير على ابيه لم تتجاوز النصاب فيكون القرار نهائيا وان خوصم بمراعاة الاعتبارين معا ، والثانى وهو ما يرجع الى شخص القيم هو المقصود بالحكم والقيم بهذا الاعتبار غير الأب فالقرار ابتدائى بالنسبه للمطلوب لكل من البنتين وان قل ، ولا حاجة مع ذلك للبحث فى أن المطلوب لنفقة الصغير عن المدة السالفة على قيد الدعوى يزيد عن النصاب النهائى فيجعل القرار بالنسبة لها ابتدائيا .

٣٢/١٥٦٧ ك س مصر (٣٣/٨/١٤) م ش ٥/٣٤٣

□■□

(المبدأ ١٨) : لا يجاب طلب الحجر على من صرف مبالغ جسيمة بعد بلوغه سن الرشد فى امور مشرعة .

— لا يجاب طلب الحجر على من صرف مبالغ جسيمة بعد بلوغه سن الرشد سواء اكانت مما ورثه عن والده أو من ثمن عقارات باعها أو من نقود اقترضها اذا لم يتبين انه صرفها بطريق الاسراف أو فى أمور غير مشروعة بل اشترى بها أطيانا وعقارات أملا فى انماء ثروته وزيادة ايراده ولو جاءت الأمور على غير ما كان ينتظره بسبب الضائقة المالية فزادت ديونه وفوائدها المترتبة على هذا التصرف وعجز عن دفع الأقساط المطلوبة فى مواعيدها متى كان قد وقف ما يفيض بعد سداد الديون على نفسه واولاده وحرم نفسه من الشروط العشرة بحيث لا يخشى من تصرفه فى المستقبل .

٣٦/٢٧ خ ع (٣٥/١١/١٧) م ش ٧٥١/٩

□■□

(المبدأ ١٩) : يجوز توقيع الحجر على صاحب المعاش . شرط ذلك .

لما كان المعاش الحكومى يصرف شهريا لصاحبه فيكون له حرية التصرف فيه بمطلق ارادته ، ومن ثم يتعين حرمانه من ادارة هذا المال ، اذا التصرف فيه متى شاب ارادة صاحبه عارض من عوارض الأهلية ، واذ

ثبت لمحكمة الموضوع ان الطاعن مصاب بمرض عقلى فانه لا يحول دون توقيع الحجر عليه عدم وجود مال لديه سوى المعاش الشهرى طالما تجاوز هذا المعاش الحد الادنى المقرر فى المادة ٩٨٧ من قانون المرافعات .

طعن ٥١/١٩ ق (١٩٨٢/٤/١٣) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٢٠) : قضاء محكمة الأحوال الشخصية بتوقيع الحجر استنادا الى توافر شرائطه من التصرفات الصادرة من المحجور عليه ـ لا يعد قضاء منها ببطلانه ، اذ هى لا اختصاص لها فى ذلك .

تلتزم محكمة الأحوال الشخصية عند الفصل فى طلب الحجر بالتحقق من قيام الحالة الموجبة له فى ذات المحجور عليه ، فان هى دللت على قيام تلك الحالة بالتصرفات الصادرة منه ، فانها لاتكون قد فصلت فى أمر صحتها أو بطلانها ، لأن ذلك لم يكن مطروحا عليها ولا اختصاص لها به ، وانما تكون قد اتخذت من تلك التصرفات دليلا على قيام موجب الحجر بالمحجور عليه ، وهو ما لا يجوز حجيته فى دعوى بطلان التصرف . واذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن الوصف الذى أضفاه حكم الحجر على تصرف المحجور عليه لمورث الطاعنين بأنه ابتزاز مما يحوز قوة الأمر المقضى ، ورتب على ذلك الحكم بابطال التصرف ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

نقض ٣٦/٢٧٨ ق (٧١/١/٢١) س ١٠٨/٢٢

□■□

(المبدأ ٢١) : تجاوز الحد المناسب للنفقة لا يعتبر اسرافا اذا كان لا يؤثر على راس المال .

تجاوز المطلوب الحجر عليه الحد المناسب لنفقته لا يمكن أن يعتبر اسرافا يستوجب الحجر اذا لم يؤثر على راس المال .

٣٥/٤ ح ع (٣٦/٥/١٧) م ش ٦٥٤/٩

□■□

(المبدأ ٢٢) : الطعن فى السيرة الشخصية لا دخل له فى التصرفات المالية .

الطعن فى السيرة الشخصية او فى معاملة المطلوب الحجر عليه لزوجته لا دخل له فى تصرفه فى ماله ولايستوجب الحجر ما لم يثبت أنه ترتب عليه سوء التصرف أو الاسراف فى المال .

٣٥/٤ ح ع (٣٦/٥/٢٧) م ش ٦٥٤/٩

(المبدأ ٢٣) : مجرد الخوف من اساءة المحجور عليه التصرف فى امواله لا يوجب استمرار الحجر عليه .

مجرد الخوف من اساءة المحجور عليه التصرف فى أمواله فى المستقبل لا يوجب استمرار الحجر عليه متى كان قد وضع تحت الاختبار مده سنة فاحسن المتصرف فى ماله .

٢٤/٢٨ ح ع (٢٥/١١/١٧) م ش ٩/٦٥٢

□■□

(المبدأ ٢٤) : قبول طالب الحجر صدر توكيل له من المطلوب الحجر عليه يعتبر اعترافا منه باهليته .

قبول طالب الحجر صدور توكيل له ممن طلب الحجر عليه يعتبر اعترافا منه باهليته للتعامل ومانعا من قبول طلب توقيع الحجر عليه .

٣٧/٥ ح ع (٣٨/٥/٢٢) م ش ٩/٥٦٠

□■□

(المبدأ ٢٥) : القاصر المحجور عليه يخاصم فى المال فى نفقة زوجته متى كان بالغا شرعا .

يخاصم القاصر المحجوز عليه فى المال فى نفقة زوجته متى كان بالغا شرعا ولولم يؤمر بالأداء حالا ..

٣٦/١٦١ ابتوب (٤٠/١/١٥) م ش ١٢/١٠١

□■□

(المبدأ ٢٦) : وفاة المطلوب الحجر عليه بعد صدور الحكم المطعون فيه لا تمنع توافر مصلحة طالب الحجر فى الطعن على الحكم .

ان وفاة آحد طرفى الخصومة بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها لا تمنع على ما تقضى به المادة ٢٩٥ مرافعات من الحكم فى موضوعها على موجب الأقوال والطلبات الختامية وتعتبر الدعوى مهيأة أمام محكمة النقض على مقتضى المادتين ٢٩٦ ، ٤١٤ مرافعات بعد استيفاء جميع اجراءات الدعوى من ايداع المذكرات ـ وتبادلها بين الطرفين فاذا كان المطلوب الحجر عليه قد توفى بعد تمام ذلك أمام محكمة النقض فلا تاثير لوفاته فى نظر الطعن فى الحكم الصادر برفض طلب الحجر .

نقض ٢٧/٥ ق (٥٨/٥/١٥) س ٩/١٠

□■□

(المبدأ ٢٧) : تسجيل طلب الحجر يترتب عليه ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه .

يترتب على تسجيل طلب الحجر مايترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه . فاذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتبر باقرار المحجور عليه للسفه - بالتنازل عن الاستئناف - الصادر منه بعد تسجيل طلب الحجر بوصفه اقرارا لضارا به ضررا محضا ، وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادتين ١١١/١١٥ من القانون المدني فإن الحكم لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون .

طعن ١٢/٣٩ ق   س ١٦ ص ٩٥٣

□■□

(المبدأ ٢٨) : حرمان المحكوم عليه بعقوبة جناية من ادارة امواله - أثره عدم اهليته للتقاضي . هذا الحجر القانوني موقوف بمدة تنفيذ العقوبة .

وان كانت عقوبة الحرمان التبعية المنصوص عليها في البند رابعا من المادة ٢٥ من قانون العقوبات - أيا كان الباعث على تقريرها تستتبع عدم اهلية المحكوم عليه للتقاضي امام المحاكم سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه ، ويمثله امامها القيم الذي تعينه المحكمة المدنية . ولئن كان البطلان الذي يلحق اي عمل من اعمال الادارة أو التصرف الذي يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون هو بطلان جوهري بحيث يترتب عليه الغاء الاجراء ذاته . الا ان هذا الحجر القانوني باعتباره عقوبة تبعية ملازمة للعقوبة الأصلية موقوت بمدة الاعتقال تنفيذا للعقوبة المقضي بها على المحكوم عليه ، فلا محل له قبل البدء في تنفيذها من ناحية كما تنقضي بانقضاء العقوبة الأصلية سواء كان الانقضاء بسبب حصول التنفيذ أو بالافراج الشرطي منها أو بالعفو عنها او بسقوطها بالتقادم من ناحية اخرى ، فاذا اعترى المحكوم عليه مرض استدعى حجزه احدى المصحات العقلية فان وجوده بها لا يعد تنفيذا للعقوبة بما يدعو الى حرمانه بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات وانما يوقع عليه الحجر القضائي لعارض من عوارض الأهلية من جهة الاحوال الشخصية المختصة ، لا من المحكمة المدنية اذا ما توافرت شرائطه اعتبارا بأن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص الأهلية فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز انما يوقع الحجر لاستكمال العقوبة من جهة وللضرورة من جهة اخرى .

نقض ١٢٩٠/٤٨ ق   س ٣١ ص ٦٢١

□■□

(المبدأ ٢٩) : صدور قرار من محكمة ابتدائية فى مادة حجر ــ عدم ايداع أسبابه فى مدة الخمسة عشر يوما المنصوص عليها فى المادة ١٠١٨ مرافعات ــ لا بطلان .

متى كان القرار المنعى ببطلانه صادرا فى مادة حجر من محكمة ابتدائية فان عدم ايداع أسبابه فى ظرف الخمسة عشر يوما المنصوص عليها فى المادة ١٠١٨ مرافعات لا يترتب عليه بطلان ذلك القرار ذلك لأن المشرع قد رأى فى هذا الخصوص عدم الأخذ بحكم المادة ٢/٣٤٦ مرافعات الخاص ببطلان الأحكام اذا لم تودع مسوداتها فى المواعيد المحددة لذلك ولم يرد بالمادة ١٠١٨ نص على جزاء البطلان مماثل للنص الوارد فى المادة ٣٤٦ سابقة الذكر .

نقض ٢٧/٥ ق (١٥/٥/٥٨) س ٩/٥٠١

□■□

(المبدأ ٣٠) : عدم التزام المحكمة بندب طبيب لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه والاطلاع على التقارير الطبية السابقة وابداء رايه فيها رفض هذا الطلب ــ لا اخلال بحق الدفاع .

المحكمة ليست ملزمة باجابة طلب طالب الحجر ندب طبيب آخر لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه والاطلاع على التقارير الطبية السابقة وابداء رايه فيها متى كونت اقتناعها فى الدعوى من واقع الأوراق المقدمة فيها وبذا لا يكون فى رفض الحكم لهذا الطلب اخلال بحق له فى الدفاع .

٢٧/٥ ق (١٥/٥/٥٨) س ٩/٥٠١

□■□

حراســـة

ـ صفة الحراسة على الوقف لا تورث ـ لا يقبل من ورثته ـ السير فى اجراءات الطعن بالنقض التالية لاحالة الطعن .

صفة الحراسة على الوقف لا تورث عن الحارس ، وبالتالى فلا يقبل من ورثته بالنسبة للطعن بالنقض المرفوع منه بهذه الصفة ـ السير فى الاجراءات التالية لاحالة الطعن الى الدائرة المختصة والا كان الطعن غير مقبول شكلا .

نقض ٩٤/٢٦ ق (٦١/١٢/٢٨) س ١٢ / ٨٣٦

□■□

حساب

(المبدأ ١) : اختصاص محاكم الأحوال الشخصية دون غيرها بنظر مواد الحساب بين عديم الأهلية والنائب عنه ـ عدم اقتصار مهمتها على مناقشة أرقام الحساب وتمحيصها .

مفاد نص المادة ١٠٠٨ مرافعات أن لمحاكم الأحوال الشخصية في مواد الحساب بين عديم الأهلية والنائب عنه اختصاصا أصيلا في نظر الحساب تنفرد بمناقشته لأى جهة أخرى من نظره قبلها في سبيل الفصل في الحساب الذى يقدمه النائب من عديم الأهلية ما لأى محكمة مدنية عند النظر في حساب يقدمه وكيل من موكله اذا دفعت الدعوى أمامها بأى دفع . اذ ليست مهمتها قاصرة على مناقشة أرقام الحساب وتمحيصها بل تتناول أيضا كل دفع يتمسك به المدعى عليه سعيا وراء حسم الخصومة أو تحديد مسئوليته أو لأى سبب آخر .

نقض ٢٥/٨ ق (٢٩/٢/٥٦) س ٤٤٠/٧

□■□

(المبدا ١) : الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله ــ وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية اصلية .

الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله . وفى اصطلاح الفقهاء هى أمر بمعروف اذا ظهر تركه ونهى عن منكر اذا ظهر فعله ، وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أصيلة ــ أو مستمدة ــ أضافها الشـــارع على كلّ من اوجبها عليه وطلب منــه القيام بها وذلك بالتقــدم الى القاضى بالدعوى والشهادة لديه أو باســتعداء الى المحتسب أو الى المظــالم « تبلغ النيــابة العامة » . ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق الله او فيما كان حق الله فيه غالبا كالدعوى باثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد .

نقض ٣٤/٢٠ ق (٦١/٣/٣٠) س ١٧ ٧٨٤

□■□

(المبدا ٢) : لا تتقيــد دعوى الحسبة بشرط الاذن او التفويض من ولى الأمر .

جمهور الفقهاء على عدم تقيد دعوى الحسبة بشرط الاذن أو التفويض من ولى الأمر .

نقض ٣٤/٢٠ ق (٦١/٣/٣٠) س ٧٨٤/١٧

□■□

(المبدا ٣) : دعوى الحسبة انما تكون فى حقوق الله تعالى .

الحسبة اسم من الاحتساب وهو الأجر والثواب عند الله ، وهى انما تكون فى حقوق الله تعالى ، وهى الحقوق التى تعود منفعتها على العامة كلهم لا على أشخاص بعينهم ، لأن الحقوق نوعان ، حق الله وحق العبد . وحق الله نوعان ، نوع للعبــد فيه حق غالب كحــد القــذف أو السرقة لأن ضرر المقــذوف أو المسروق فيه اشدمن ضرر غيره وهــذا لا تسمع فيه شهادة الحسبة الا بعد تقديم دعوى من صاحب الحق ، ونوع غلب فيــه حق الله كحد الزنا او الشرب فهذا تسمع فيه الشهادة حسبة من اى انسان . وأما حق العبد كالقصاص والديون وسائر حقوق الأشخاص فلا بد فيه من تقديم الدعوى .

٤١/٣٩٨ ك س مصر (٤٢/٧/٢٦) م ش١٦/٩/٢٢٩

□■□

(المبدأ ٤) : الاحتساب القضائى لا يكون فى الأشياء التى تقبل فيهـا الشهادة حسبة بدون دعوى سابقة .

الاحتساب القضائى لا يكون فى الأشياء التى تقبل فيها الشهادة حسبة بدون دعوى سـابقة عليها أى التى لا يشترط فى الشـهادة لاثباتها تقـدم الدعوى بها ، وهى الحقوق الخاصة لله تعالى او التى يكون حق الله فيهـا غالبا كالنكاح والطلاق البائن والعتق والنسب وغير ذلك من المسائل المبينـة تفصيلا فى كتب الفقه على خلاف فى بعضها بين الامام وصاحبيه فان هـذه الأمور يجب على كل فرد القيام باثباتها ويكون الشاهد فيها قائما بالخصومة من جهته وجوبا عليه وشاهدا لاثباتها من جهة مشاهدته وتحمله وقائمهـا فهو مدع وشاهد فى أن واحد أمام القاضى الممثل للصالح العام الذى أوجب الله المحافظة عليه بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر (المبسوط فى البـدائع والبحر وتكملة رد المحتار فى الدعوى والشهادة) .

١١٩/٤٨ العليا الشرعية (٢٩/٥/٤٨) ه ش ٢٠/٥٨

□■□

حضــانة (١)

(١) أن الصغار لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشرع ولاية ذلك الى من هو مشفق عليهم ، فجعل حق التصرف الى الآباء لقوة رايهم مع الشفقة والتصرف يستدعى قوة الراى ، وجعل حق الحضانة الى الأمهات لرفقهن وذلك مع الشفقة ، وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت . والظاهر أن الأم أحن وأشفق من الأب على الولد فتتحمل فى ذلك من المشقة ما لا يتحمله الأب وفى تفويض ذلك اليها منفعة للولد . والأصل فيه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وأن هذا يريد أن ينزعه منى فقال صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به ما لم تتزوجى » ولما خاصم عمر أم عاصم بين يدى أبى بكر رضى الله تعالى عنه لينتزع عاصما منها قال أبو بكر رضى الله عنه ريحها خير له من سمن وعسل عندك ... الخ ــ فاذا عرفنا ذلك نقول اذا فارق الرجل امرأته ولهما ولد فالأم أحق بالولد ان يكون عندها حتى يستغنى عنها فان كان غلاما يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ، وان كانت جارية فهى أحق بها حتى تحيض ... الخ .

(راجع المبسوط للامام السرخسى جزء ٥ ص ٢٠٧)

(المبدا ١) : نظام الحضانة فى الشريعة الاسلامية .

جاء فى الجزء الرابع من البدائع ص ٤٣ والجزء الثانى من رد المحتار ص ٦٥٩ وغيرهما ان حضانة الرجال تبتدىء فى مدة الحضانة عند عدم الحاضنة من النساء ويكون لولى الصغير على ترتيب الارث ... الخ . وتبتدىء بعد مدة الحضانة حيث تنتهى حضانة النساء مطلقا ، فاذا بلغ الطفل السن المقررة شرعا سلم الى ابيه أو وليه العاصب عند فقد الأب أو فقده الأهلية أو للوصى ، ولا يجوز أن يبقى بعد السن عند النساء لأن الرجال اقدر على الصيانة والتربية .. وتنتهى حضانة الرجال ببلوغ الغلام . الخ . وقد نص الفقهاء على أنه اذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس اهلا لها بأن كان فاسقا أو معتوها أو غير مامون فلا تسلم اليه المحضونة بل تدفع لذى رحم محرم ويقدم الجد لأم ... الخ . (المادة ٣٨٦ (١) الأحوال الشخصية و ص ٦٥٦ جزء ٢ من ابن عابدين) .

١٨٧/٣٤ عابدين (١٩/١٠/٣٥) م ش ٢٢٩/٧

□■□

(المبدا ٢) : فرقت الشريعة بين الحضانة والوصاية ، فخولت لوالد الصغير أن يعين عليه وصيا مختارا يدبر امواله ولم تجعل له حق اختيار من يحضنه . وجعلت ذلك منوطا بمصلحة الصغير ولا اعتبار بارادة والده فيها .

ان الشريعة الاسلامية فرقت بين حق الحضانة والوصاية ، فخولت لوالد الصغير أن يعين عليه وصيا مختارا يدبر أمواله ، ولم تجعل له حق اختيار من يحضنه بل جعلت ذلك منوطا بمصلحة الصغير فى الحدود التى رسمها الفقه ولا اعتبار لارادة والده فيها ؛ فاذا اشترط أن تكون حضانته لشخص معين كان شرطا باطلا ولا يعمل به ، بخلاف الوصاية . وحكمة التشريع فى ذلك أن الحضانة نوع من الولاية جعلها الشارع فى أشخاص بعينهم ومرجعها النص محافظة على الصغير فلا تكون بجعل الجاعل .

١٣٦٥/٤١ الجمالية (٢/٢/٤٢) ت س م ش ١١٢/٧

□■□

---

(١) المادة ٣٨٦ ـ اذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها بأن كان فاسقا أو معتوها أو غير مامون فلا تسلم اليه المحضونة ، بل تدفع لذى رحم محرم ويقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال لابوين والخال لاب ثم الخال لام .

ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الذكور ولهن الحق فى حضانة الاناث ،

ولا حق لبنى العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الاناث وانما لهم حضانة الذكور فان لم يكن للانثى المحضونة الا ابن عم فالاختيار للحاكم ان رآه صالحا ضمها اليه والا سلمها لامراة ثقة أمينة .

(المبدا ٣) : الحضانة تربية الطفل والاشراف عليه فى مدة معينة .

معنى الحضانة تربية الطفل ورعايته ، والاشراف عليه فى مدة معينة حسبما جرى عليه العرف ، وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة ولأن المعروف ان الأطفال فى هذا السن كثيرا ما يلهون ويلعبون وفى الأرض يمرحون .

٨٩/٥١ س ك بنى سويف (٥١/١٢/٥) م ش ٦٤٠/٢٢

□■□

(المبدا ٤) : الفرض من الحضانة هو حفظ المحضون ، فان لم يتحقق فى الحضانة ذلك فلا يحكم بها .

امر الحضانة مبنى على حفظ الصغير ـ ذكر فى الفتاوى المهدية جزء ١ ٦١ ص ٢٥٤ سئل فى رجل طلق زوجته وله منها بنت بلغ سنها خمس سنين وزيادة والحال ان أم الصغيرة عاجزة ببصرها غير قادرة على الحضانة وللمطلق أم متزوجة بوالده فهل يكون الحق فى حضانة الصغيرة لجدتها ام الأب حيث لم يكن هناك من يقوم عليها من قبل أم الصغيرة أجاب اذا تحقق بالوجه الشرعى عجز الأم عن الحضانة ولم يكن لها ام ينتقل الحق فيها لأم الأب حيث كانت صالحة قادرة على تربيته ، وفى ص ٢٦٣ سئل عن رجل طلق زوجته وانقضت عدتها منه وتزوجت بأجنبى وله منها ولد صغير سنه خمس سنوات ولها أم عاجزة عن الحضانة لكونها مقعدة لا تقدر على الحركة ويضيع الولد عندها ، وهى محتاجة لمن يقوم عليها ويخدمها ، وللأب أم قادرة على الحضانة فهل يكون الحق لأم الأب أم لأم الأم ، فأجاب اذا تحقق بالطريق الشرعى عجز الجدة لأم عن حضانة الصغيرة ينتقل الحق فيها لأم الأب ، حيث كانت صالحة وقادرة على حضانته وتربيته ، ومن حيث أن مناط الحضانة حفظ المحضون وبالعمى يتحقق العجز عن القيام بحضانة الصغير وحفظه .

٢٤٨/٥٠ كفر الشيخ (٥٠/٤/١١) م ش ٤٣٢/٢١

□■□

(المبدا ٥) : الحضانة ولاية نظر لا تثبت مع الضرر ـ يجب ان يراعى فى الحضانة الأصلح .

نص فى البدائع فى باب الحضانة عند التكلم على شرط حضانة الرجال ما نصه « ومنها اذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها فيمن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن لله فيها حق لأن فى كفالته اضرارا

عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى ولو كان الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم اليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين تقية عدلة أمينة فيسلمها اليها الى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وان كانت بكرا » وفى ابن عابدين عند كلامه سقوط حق الحضانة للتزوج بأجنبى من الصغيرة او امساكه عند المبغضين له ما نصه « وانت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد فانه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه اخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك ، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج امه الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم فاذا علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من امه لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد .

ق ٣٢/١٤١ اسيوط (٣٢/١٢/١٣) م ش ٩١٤/٥

□■□

(المبدأ ٦) مدار الحضانة على نفع المحضون فمتى تحققت مصلحة الصغير فى وجهة وجب المصير اليها بدون التفات الى مصلحة الأب والحاضنة رعاية له .

المقرر شرعا أن مدار الحضانة على نفع المحضون فمتى تحقق ـ وجب المصير اليه بدون التفات الى حق الأب او الحاضنة ـ فاذا بلغ الصغير سن الحضانة واستغنى عن خدمة النساء وأبى الأب ضمه اليه اجبر عليه وعزر ـ وان تركته الحاضنة للأب قبل بلوغه السن لقاء مصلحة ذاتية كان عملها عملا باطلا فيهدر وتجبر على امساك الولد متى كان فى امساكه مصلحته ـ كما انها اذا حاولت ابقاءه بعد الاستغناء لا تجاب اليه رعاية لحق الصغير الذى يجب أن يعطى حينئذ للأب لاكمال تربيته وتعهده وحفظه واعداده للحياة النافعة وهذا اصل مقرر فى المذهب (البحر ـ ورد المحتار ورسالة الابانة فى باب الحضانة) .

٣٣/٥٨٦ ميت غمر (٢٤/٥/٢٠) ت س م ش ٢٥٤/١٠

□■□

(المبدأ ٧) : مدار الحضانة على نفع الولد فمتى تحققت مصلحته فى شىء وجب المصير اليه بدون التفات الى حق الأب او الأم .

أن مدار الحضانة على نفع الولد فمتى تحققت مصلحته فى شىء وجب المصير اليه ولو خالف ذلك مصلحة الأب او الحاضنة لأن حق الصغير فى الرعاية أقوى من حقيهما فيقدم دائما ، ولذلك نصحوا للقاضى أن يتدبر

الأمر ويقدر الوقائع وان يكون بصيرا بطبائع الخصوم ذا خبرة بالحوادث وحكمة فى تطبيقها حتى لا يضيع الولد بين الأب والمتبرعة (المهدية والبحر ورد المحتار) .

٣٤/٥٠٢ اجا (٣٥/٥/٢٠) م ش ٢٥٢/١٠

□■□

(المبدأ ٨) : المقرر فى ضم الصغير هو مراعاة مصلحته فمتى راى القاضى أن لا مصلحة للصغير فى ضمه للعاصب بان كان له اولاد ويخشى على المطلوب ضمها منهم او غير ذلك من الأسباب رفض طلب الضم .

المنصوص عليه أنه اذا كان للعاصب أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة بسكناها معهم فلا يحل ضمها اليه ، كما لا يحل ضمها الى عمها نفسه ولو لم يكن له أبناء يخشى عليها منهم الفتنة اذا كان هو غير أمين على نفسها او مالها . جاء فى ابن عابدين عند الكلام على سقوط الحضانة للتزوج بأجنبى عن الصغير او امساكه عند المبغضين له ما نصه « وأنت تعلم أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة يراعى الأصلح للولد فانه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه لغير علة قرابة فيريد قريبه اخذه منه ليؤذيه ويؤذيها أو يأكل من نفقته أو نحو ذلك ، وقد تكون له زوجة تؤذيه أضعف ما يؤذيه زوج امه الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة بسكناها معهم فاذا علم القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزعه لأن مدار الحضانة على نفع الولد .

٤٤/٧٣ الزقازيق (٤٦/٢/٦) ت س م ش ٢٦١/١٨

□■□

(المبدأ ٩) : مدار الحضانة على نفع المحضون ـ ويسقط حق الحضانة بامساكه عند المبغضين له .

ان مدار الحضانة على نفع المحضون « الصغير » وان السادة الفقهاء رضوان الله عليهم مبالغة فى المحافظة عليه والحرص على منفعته قد نصوا على أن الحاضنة وان كانت من أشفق الناس عليه كأم أمه اذا أمسكته فى بيت من يبغضه سقطت حضانتها ووجب نزعه منها وهذا يقتضى ان العاصب اذا كان مبغضا للصغير لا يسلم اليه .

٢٨/٢٥ س ك المنصورة (٥٠/٣/١٨) م ش ٧٠٠/١

□■□

(المبدأ ١٠) : استمرار حضانة الصغيرة بعد التاسعة الى الحادية عشر يحتاج الى اثبات ان مصلحته تتطلب ذلك .

الأصل أن الحضانة تنتهى ببلوغ الصغيره التاسعة من عمرها وان استمرار هذا الحق الى الحادية عشرة هو الذى يحتـــاج الى اثبات أن مصلحة الصغيرة تتطلب اذن القاضى باستمرار الحضانة الى السن المذكورة ولا يقال ان ترك العاصب للصغيرة فى يد الحاضنة الى الحادية عشرة دليل احتياجها الى حضانة النساء لأن هـذا ان صح ان يقال بعد فرض أجـرة الحضانة فانه لا يصح أن يقال فرض أجرة الحضانة .

٤٩/٥٨٧ س ك طنطا (٤٩/١٢/٧) م ش ١٨٢/٢١

□■□

(المبدأ ١١) : فى الحضـــانة حقـوق ثلاثة : حق الصــغير ـ وحق الحاضنة ـ وحق الأب ـ والتوفيق بينها واجب متى امكن الوصول اليه والا فمصلحة الصغير هى المقدمة لأن مدار الحضانة على نفع المحضـون ، وكما لا يضار الأب بولده لا تضار الأم بولدها .

المنصوص عليه شرعا أن فى الحضـــانة ثلاثة حقوق ـ حق الصغـير وحق الأم وحق الأب وان غير الأب من العصبة حكمه كحكمـه وغـير الأم من الحاضنات كالأم ، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينهـا وجب أن يصار الى التوفيق نظرا لمصلحة الصـغير ـ واذا تعارضت فيقـدم حق الصغير على غيره لأن مدار الحضانة على نفع الولد ـ كما أنه لا يضار المولود له بولده لا تضار الحاضنة بهذا الولد أما أو غيرها .

٣٦/٤٨ أجا (٣٦/١٢/٢١) ت س م ش ٣٧٠/١٠

□■□

(المبدأ ١٢) : فى الحضانة حقوق ثلاثة بعضها فى الوجوب والرعاية اقوى من الآخر ـ حق الصغير ـ حق للحاضـنة ـ حق الأب ـ وهـذه الحقوق مجتمعة متى امكن التوفيق بينها صير اليه والا فحق الصغير اولى بالرعاية والاعتبار فيقدم على حقيهما جميعا .

المنصوص عليه شرعا أن فى الحضـــانة ثلاثة حقـوق ـ حق الصغير وحق الحاضنة وحق الأب ـ وهذه الحقوق مجتمعة متى أمكن التوفيق بينهـا وجب المصير اليه ـ والا فان تعارضت فحق الصغير مقدم على حقيهمـا جميعا فيقدم رعاية للصغير لأن مدار الحضانة على نفع الولد ـ وان هـذا يشمل كل عاصب وكل حاضنة . والحاضنة اما أو غيرها يجب أن تتوافر فيهـا شروط بينت فى مواضعهـا من كتب المذهب فان اختل شرط منهـا

او سقطت اهليتها بشيء يتعارض مع مصلحة الصغير نزع الولد منها واعطى لغيرها من الحاضنات أو للعصبة وأن العاصب مثل الحاضنة يجب يجب أن يكون مصلحا وأمينا فاذا كان مفسدا أو مبغضا للصغير او غير امين على نفسه وماله أو ارتكب ما يتنافى مع مصلحة الصغير انتزع منه كما ينتزع من الحاضنة من النساء ـومن فساد العاصب ان يبيع ما يملكه مفرزا وهو شائع قبل قسمته او يتجاوز حد الاعتدال الى الاسراف فى بذل ماله ولو فى سبيل البر ـ وعللوا ذلك أن المفسد فى المال لا يصلح لولاية النفس كمالا يصلح لولاية المال ولا لحفظ الصغير .

٤٨/٢٩٥ العطارين (٤٨/٤/٢٠) م ش ٢٠/٣٤٠

□■□

(المبدأ ١٣) - كل من الحاضنة والمحضون له حق فى الحضانة ـ الا أن حق المحضون اقوى من حق الحاضنة ـ ولئن اسقطت الحاضنة حقها فى الحضانة ـ ولو كان باشهاد أمام القاضى فانها لا تقدر على اسقاط حق الصغير .

حيث ان المدعى عليه دفع الدعوى بعدم السماع لأن المدعية سبق أن سلمت الولدين لوالدهما المدعى عليه واصطلحت معه على ابطال النفقة المقررة لهما باشهاد رسمى ـ وهى تملك هذا الاسقاط ورجوعها عما قبلت سعى فى نقض ما تم من جهتها وهو مردود عليها .

وحيث أن ما دفع به المدعى عليه على فرض صحته لا يلزم المدعية العمل به مادام الصغيران لم يتجاوزا سن الحضانة الشرعى ولا يترتب عليه طلبه تقرير عدم سماع الدعوى لأن المنصوص عليه شرعا أن لكل من الأم الحاضنة والصغير المحضون حقا فى الحضانة مادم الصغير فى سنها وأن حق الصغير فيها أقوى ، فقد جاء فى رسالة الابانة عن اخذ الأجرة على الحضانة لابن عابدين ما يأتى ـ بعد أن نقل أقوال الفقهاء وقايلها ببعضها قال : ويظهر لى أن كلا من الحاضنة والمحضون له حق فى الحضانة أما الحاضنة فلأنه ليس للأب مثلا اخذه منها وكذا ما كان ابعد منه لا حق له فيها ، وأما المحضون فلأنها (أى الحاضنة) اذا تعينت لم يكن لها الامتناع ، ويدل لما قلنا أن لكل منهما حقا ما رؤيته منقولا بخط بعض العلماء عن المفتى أبى السعود ، ،سأله رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها عن الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد ؟ الجواب نعم ذلك لأن اقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على اسقاط حق الصغير أبدا أ. هـ.

٢٣/١١٣٢ جرجا (٣٣/٧/٢٢) م ش ١٧٣/٥

□■□

(المبدأ ١٤) : روعى فى ترتيب الحاضنات تقديم قرابة الأم .

الحاضنات حين رتبن روعى فى ترتيبهن تقديم قرابة الأم استجابة للغريزة الطبيعية المتحققة فى الأم وقرابتها من حيث الشفقة على الصغير والعناية بصحته ونظافته ومصلحة الصغير الصحية مقدمة على المصلحة المالية له أو لوالده .

٥١/٥٨٧ (٥١/٢/١٨)　　　　　　م ش ٣٨١/٢٤

□■□

(المبدأ ١٥) : الأم مقدمة فى الحضانة على غيرها .

الأم مقدمة فى الحضانة على غيرها فلا تخير بين امساك الصغير مجانا أو تسليمه الى الحاضنة الأخرى الا اذا كان للصغير مال أو كان أبوه معسرا .

٤٣/٤٩٤ امبابة (٤٤/٢/١٤)ت س　م ش ٢٣٦/١٠/٩١٦

□■□

(المبدأ ١٦) : الحضانة للأم ثم لمن تليها من الاناث .

الحضانة للأم ثم لمن تليها من الاناث ثم للعصبيا تبترتيب الارث .

٥١/٨٩ س ك بنى سويف (٥١/١٢/٥)　　م ش ٦٤٠/٢٢

□■□

(المبدأ ١٧) : حق حضانة الصغير لأمه ثم لأم الأم لتوفر الشفقة عليه .

الأصل المقرر أن حق حضانة الصغير لأمه ثم لأم الأم لتوفر الشفقة عليه والرحمة به الا أن الصغير لا ينزع من صاحبة الحق فى حضانته الا بشروط خاصة حفظا على الصغير ومحافظة على حقه .

١٥/٥٨٧ السيدة (٥٢/٢١/٨)　　　　م ش ٣٨١/٢٤

□■□

(المبدأ ١٨) : رتبت الشريعة حق حضانة السيدات . (١)

رتبت الشريعة حق حضانة السيدات للصغار فالجدة لأم أولى بحضانته من جده لأبيه بالأولى من العم .

٤١/١٣٦٥ الجمالية (٤٢/٣/٢) ت س　م ش ١١٢/٧/١٣

□■□

---

(١) راجع المادة ٢٠ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

(المبدأ ١٩) : الصغير فى سن الحضانة يحتاج الى من يحضنه وبعد هذه السن يحتاج الى من يحافظ عليه ويربيه والرجل أقوى على ذلك .

المقرر شرعا أن الصغير فى سن الحضانة يحتاج الى من يحضنه ويباشره والمرأة على ذلك أقوى عن الرجل وأليق ولذا قدم حق النساء فى الحضانة ـ أما اذا تجاوز الصغير سن الحضانة واستغنى عن خدمة النساء فانه يحتاج الى من يحافظ عليه من عبث العابثين ان كان أنثى ويربيه ويعلمه ان كان ذكرا والرجل على ذلك أقوى ولذا يسلم الى العاصب ـ كل ذلك مقرر شرعا كما حرره العلامة ابن عابدين فى الجزء الثانى .

٣٦/٢٠٦ الدر الشرعية (٣٨/٢/٢) م ش ٨٦/١٠

□■□

(المبدأ ٢٠) : الصغير يتأثر كثيرا بما حوله قبل بلوغ السابعة من سنه وعلى الأخص فيما يشاهد من افعال شائنة تحيط به .

قدر بعض الفقهاء السن التى بها يعقل الصغير ما ذكر بسبع سنين ولكن اذا نظرنا الى الواقع الآن نجد أن الصغير يتأثر كثيرا بما حوله قبل بلوغ هذا السن على الأخص فيما يشاهده من افعال شائنة تحيط به وانه يدرك كثيرا منها .

٥٢/١٨١١ ميت غمر (٥٢/١/١٤) ت س ت م ش ٨١/٢٥

□■□

(المبدأ ٢١) : يجب على القاضى النظر فى مصلحة الصغير .

مدار الحضانة والحفظ على مصلحة الصغير والنظر فى ذلك موكول الى القاضى الذى يجب عليه النظر فى خصوص المسائل وظروف الحوادث

٤٤/٢٠٧١ سوهاج (٤٦/٤/٢٩)ت س م ش ٦٤/٨

□■□

(المبدأ ٢٢) : اذا ثبت وجود خصومة بين الصغير ووالده بخصوص تركته وان جدته التى تنازع خالته فى حضانته تقيم مع والده وقد تمسكت فى طلب حضانته زمنا يرفض طلبها .

حيث تبين من المستندات مبلغ الخصومة بين والد الصغير وخالته المستأنفة بشأن تركة والدة الصغير المتوفاة ، ويظهر للمحكمة ظهورا راجحا أن المستأنف عليها جدة الصغير مسخرة من قبل ابنها والد الصغير لمخاصمته المستأنفة فى حضانة الصغير عليها تقيم مع ابنها والد الصغير وبمعيشته وانها تركت المطالبة بحضانته بعد ما تبين من الأوراق ان المستأنف

الصغير من يوم وفاة أمه الى الآن ولو كانت تعنى بطلب حقها فى حضانته لما كان ثمة ما يمنعها من المطالبة بهذا الحق اثر وفاة أمه فسكوتها عليه يبعث الرجحان لدى المحكمة بانها غير جادة فى طلب حضانة الصغير — ومن حيث انه على فرض ان المستانف عليها تطلب حقا لها فى حضانة الصغير مجردا عن أى غرض آخر فان المحكمة لا ترى للصغير مصلحة فى ضمه اليها بعدما حضنته خالته المستانفة من يوم وفاة امه الى الآن ، وبعدما الفها وألف البقاء معها،بل ترى المحكمة أن فى نزعه من يد خالته الى يد جدته ازعاجا له واضرارا به ، وليس ثمة فائدة مرجوة له من ضمه الى جدته المستانف عليها . وحينئذ فكل ما يمكن أن يكون باعثا لضم الصغير الى جدته انما هو توفير الحق للجدة فى الحضانة ، ولاشك أنه اذا تعارضت مصلحة الصغير ومصلحة الجدة فى نزعه من يد خالته الى يدها فان الواجب رعاية حق الصغير قبل رعاية حق الجدة ، لأن المنصوص عليه شرعا أن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير .

١٣٩٦/٣٤ ت س مصر (٣٥/٥/٢٩) م ش ١٨٣/٨

□■□

(المبدأ ٢٣) : تتحقق قدرة الحاضنة على الحضانة بامكان حفظ المحضون .

نص الفقهاء على أن قدرة الحاضنة على الحضانة تتحقق بامكان حفظ المحضون ولم يدع شيئا ينتفى به ذلك — على أن الحضانة ان هى الا رعاية فحسب .

٧٨٦/٣٤ الجيزة (٢٥/٦/٢٨) ت س ٢٠٦/٧

□■□

(المبدأ ٢٤) : الشروط التى اشترطها علماء الشريعة فى الحواضن يراد بها (فوق رفع الاضرار المحققة عن الأطفال) منع ما يحتمل ان يتعرضوا له منها احتياطا لمصلحتهم ومصلحة المجتمع .

بالرجوع الى كتب المذهب تبين أنها لم تشترط فى الحاضنة سلامتها من الأمراض المعدية انما اوجبت توافر جملة صفات ترجع فى حقيقتها الى المحافظة على مصلحة الصغير وتوفير راحته وصحته من نحو عقل الحاضنة وامانتها وقدرتها على التربية وعدم زواجها باجنبى والبعد بالصغير عن مبغضيه ، ولاشك أن سلامتها من الأمراض المعدية ليست أقل من هذه الشروط وجوبا ان لم تكن أولى منها بالرعاية على أن المريضة بمرض

معدى وان كانت قوية قادرة على خدمة المحضون فهى فى حكم الساجرة الا يجب لحفظه ان تبعد عنه وذلك يسقط حقها فى الحضانة .

٣٧/٢٢٤ أسوان (٣٨/٥/٢٥) م ش ٩/١٥٥

□■□

(المبدأ ٢٥) : ليس فيما شرط الفقهاء فى الحضانة الابصار ـ فلا يقبل الطعن بانها فاقدة البصر متى توافرت فيها صفات الامانة القدرة على تربية الصغير والمحافظة على مصلحته ولم ولم تكن متزوجة باجنبى عنه .

الفقهاء لم يشترطوا لأهلية الحضانة سوى قدرة الحاضنة عليها لرعاية الصغير والاشراف على تربيته والمحافظة عليه ولم يشترطوا الابصار بل أوجبوا توافر صفات ترجع الى المحافظة على الصغير وتوافر راحته من نحو عقل الحاضنة وأمانتها وقدرتها على التربية وعدم زواجها بأجنبى والبعد بالصغير عن مبغضه ، والعمى لا يمنع من رعاية الطفل والاشراف على تربيته والمحافظة عليه ـ قال ابن عابدين ج ٢ ص ٨٧١ فى باب الحضانة ما نصه « وهل يشترط كونها بصيرة ففى الأشباه فى احكام الأعمى ولم أر حكم ذبحه صيده . وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف وينبغى أن يكره ذبحه واما حضانته فان أمكن حفظ المحضون كان اهلا والا لا .

٤٣/١٠٢٣ امبابة (٤٤/٩/٢٤) م ش ١٥/٢٧١

□■□

(المبدأ ٢٦) : شرط الحاضنة ان تكون حرة بالغة عاقلة امينة قادرة خلوا من زوج اجنبى .

اشترط الفقهاء فى الحاضنة اما او غيرها أن تكون حرة بالغة امينة قادرة . وان تخلو من زوج أجنبى ـ وكذا الحاضن الذكر سوى الشرط الأخير .

٥١/٨٩ س ك بنى سويف (٥١/١٢/٥) م ش ٢٢/٦٤

□■□

(المبدأ ٢٧) : المراد بامانة الحاضنة .

ان المراد يكون الحاضنة أمينة الا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه بالخروج من منزلها كل وقت فان كانت غير مأمونة كان تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا سقط حقها فى حضانته .

٥١/٨٩ س ك بنى سويف (٥١/١٢/٥) م ش ٢٢/٦٤

□■□

(المبدا ٢٨) : الأم تستحق الفروض لمحضونها مقيمة او مسافرة باذن او بلا اذن .

يقضى الفقه بانه اذا انتقل من له الحضانة بالصغير الى بلد لا يجوز الانتقال اليه فلا يترتب على ذلك ابطال حق الحضانة ولا اسقاط اجرتها اذا لم يذكر الفقهاء بين شروط أهلية الحضانة امساك الصغير فى مكان الحضانة ولا علام النقلة . وقد نص على ذلك فى كتاب فتاوى ابن نجيم وفى الفتاوى المهدية ومختصرها فقد جاء فى ذلك ان سفر الأم بالصغير بغير اذن ابيه لا يسقط النفقة ولا اجره الحضانة وقدنص فى فتاوى قارىء الهداية وفى الجزء الأول من الفتاوى المهدية ص ٤٤١ على استحقاق الأم للمفروض لمحضونها مقيمة كانت أو مسافرة باذن او بلا اذن ولا تسقط بذلك نفقة الصغير ولا اجرة حضانته لأن فى سقوط ذلك تقديم حق الأب عند التعارض ولذلك نرى الفقهاء يقولون بمنع الحاضنة من السفر فى حالة الخروج بالولد من بلد ليس لها حق الخروج اليه وما قالوا مطلقا بسقوط حقها فى الحضانة بهذا الخروج وانما للأب أن يمنعها من السفر كما له أن يمنع زوجته من الخروج بغير اذن لأن حق الحضانة للأم نظرا لمصلحة الصغير ومادامت متصفة بشروط الحضانة فلا يزيل حقها فيها انتقالها بالصغير الا اذا تنازلت عنه من نفسها أما اذا عصيت وانتقلت بالصغير فيعاد ارجاعها بمنزله .

٣١/٤٠٠ الجمالية (٣٣/٥/٢٣) ت س   م ش ٣٦٥/٥

□■□

(المبدا ٢٩) : من حق الحاضنة ان تخاصم الولى الطبيعى فى نفقة الصغير سواء كان له مال ام لا .

حيث ان المدعية جدة الصغير لأمه آلت لها حضانته بوفاة والدته وللحاضنة حق مخاصمة والد المحضون فى نفقته ابقاء على حياته سواء كان للصغير مال أم لا ، وذلك لأنه اذا كان الولد فقيرا فالأمر ظاهر فى حق الحاضنة فيها ، وان كان ذا مال فان والده ولى ماله يتصرف فيه بلا تدخل من أحد معه ، وولى المال يخاصم فى المطالبة بحاجات الولى عليه ، ولا يعنى الحاضنة الا أن تحصل على نفقة الصغير من ماله أو من مال والده فعليه تقرير النفقة وله وحده اعتبار هذه النفقة من اى المالين شاء ، ومن ثم لا يتغير وضع القضية بالمطالبة فى أى المالين — فمن العبث ان تقول لها جدى المخاصمة فى مال الصغير .

٣٠/٩٢٥ السيدة (٣١/٤/١٩)   م ش ٨٧٩/٣

□■□

(المبدا ٣٠) : لحضانة الصغير ولاية المطالبة بنفقته حتى يبلغ مادام في يدها .

ان ما ذكرته محكمة اول درجة بالنسبة لزوال ولاية الأم في المطالبة بالمقرر للبنت لتجاوزها الثانية عشر غير صحيح لأن ولاية الحاضنة على الصغير في يدها انما تزول بعد تجاوزه سن الحضانة بالنسبة لحق امساكه اذا طلب ضمه ،رب عاصب . أما ولايتها في المطالبة بنفقة الصغير الذي في يدها ــ وهو لم يبلغ ــ فلم تحد شرعا بتجاوزه سن الحضانة ــ ومن حيث انه لا نزاع بين الطرفين على أن البنت لاتزال في يد المستانفة وانها لم تبلغ بعد وبذلك تكون ولاية المستانفة في المطالبة بالمقرر للبنت ثابتة مادامت في يدها ولم تبلغ .

٣٤/٢٩٩ س مصر (٣٥/٤/٢١) م ش ٩٥٢/٦

□■□

(المبدا ٣١) : تعود ولاية الحاضنة المتزوجة باجنبي عن الصغير متى ثبت طلاقها من هذا الأجنبي في تاريخ سابق على حكم الضم المعارض فيه .

من حيث أن المنصوص عليه شرعا أن حق الحضانة يعود بالطلاق البائن لزوال المانع وهو امساك الصغير في بيت المبغضين له وقد ارتفعت بالفرقة البائنة ولاية الزوج الأجنبي فلا ضرر على الصغير سواء مضت مدة تحمل انقضاء العدة أو لا .

٢١/٢١٣٢ كوم حمادة (٣٢/٩/٢٦) م ش ٩٥٢/٦

□■□

(المبدا ٣٢) : للحاضنة ولاية المطالبة لأولادها بالنفقة بعد انقضاء سن الحضانة ما داموا في يدها .

ان مجرد تجاوز الأولاد سن الحضانة لا يمنع الحاضنة من طلب النفقة لهم ما داموا بيدها فلا محل اذن للدفع بعدم السماع .

٣١/٦٧ الخليفة (٣١/١١/٢١) م ش ٣٢٠/٤

□■□

(المبدا ٣٣) : لا تلي الحاضنة الانفاق على ولدها بعد بلوغه ولا تملك المطالبة بنفقته .

بما أن البنت بلغت فتعتبر في يد نفسها لا في يد امها ولا يكون لأمها ولاية المطالبة بنفقتها ولا المطالبة بالمفروض لها وكون نفقة الفروع الفقراء على آبائهم لا يوجب أن تتولى الأم أخذ تلك النفقة بعد البلوغ .

٣١/١٤٦٥ س ك مصر (٣٢/٥/٢٠) م ش ١٣٦/٥

□■□

(المبدأ ٣٤) : التزام الأم بحضانة ولدها الصغير ان كان بعوض كالطلاق يكون ملزما والا فلا .

التزام الأم فى مجلس الطلاق بحضانة ولدها مجانا نظير الطلاق ثم حصول الطلاق فى نفس المجلس يجعل هذا الالتزام من جملة العوض عن الطلاق ولو لم يرد ذكر ذلك فى الشهادة .

٤٢/١٠٣٨ جرجا (٤٣/٥/٣١)　　　　م ش ١٦ ، ١٦٢/٨

□■□

(المبدأ ٣٥) : لا يبطل حق الأم فى حضانة ولدها اقامتها بالصغير بعيدا عن موطن والده .

نص الفقهاء على ان حق حضانة الصغير لأمه ما دام فى سن الحضانة ولا يبطله الا امور قرروها ليس من بينها اقامة الأم بالصغير بعيدا عن وطن ابيه بل هم نصوا صراحة على انه ليس للأب اخراج الصغير ما دام فى سن الحضانة عن مكان امه ولو ناشزا ، ومقيمة فى هذا المكان بغير حق شرعى ، وما نقلته المحكمة الجزئية من النصوص الفقهية على ذلك فيه الكفاية والحكمة فى ذلك ظاهرة وهو أن الحضانة كما أنها حق الأم أيضا متعلق بها حق الصغير من حيث وجوده عند من يشفق عليه ويأنس به وتسكن روحه اليه وأن شفقة الأم وسكون روح الطفل الى امه من الأمور الطبيعية التى لا يتأتى أن يجحدها احد واذا تجاوز سن الحضانة فقد تغير هذا الحق وانتقل الى دور التربية والتعليم وحينئذ فأبوه أو من يليه من العصبات هم أولى به فى هذا الدور ولذلك فانك لا تجد سببا من أسباب ابطال حق الحضانة الا وهو راجع لمصلحة الصغير فى ناحية من نواحى مصالحه .

٩٣١/٥٤٤ س ك اسكندرية (٣١/٥/٢٩)　　　　م ش ٨٦٥/٣

□■□

(المبدأ ٣٦) : مجرد كون الحاضنة تقوم بالتدريس لا يسقط اهليتها فى حضانة الصغير ـ المناط فى سقوط حق الحضانة ليس هو الاحتراف فى ذاته وانما هو ضياع الصغير واهماله .

بالتأمل فى نصوص الفقهاء وامعان النظر فيها تبين أن مناط سقوط الحق فى الحضانة ليس هو الاحتراف فى ذاته وانما المناط لذلك هو ضياع الولد واهماله . جاء فى الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٦٥٠ : « تثبت الحضانة للأم بعد الفرقة الا أن تكون مرتدة او فاجرة أو غير مأمونة » ذكره فى المجتبى بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا ، علق على عبارة بأن تخرج

كل وقت بقوله « المراد كثرة الخروج لأن المدار على ترك الولد ضائعا والولد فى حكم الأمانة عندها ومضيع الأمانة لا يستأمن » وجاء فى الجزء الأول من فتاوى المهدية ص ٣١٩ « الأم أحق بحضانة الصغير قبل الفرقة وبعدها الا ان تكون فاجرة فجورا يضيع به الولد أو غير مأمونة على الصغير بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا وليس مجرد كون الأم لها صنعة مسقطا لحضانتها» والذى يدل دلالة قاطعة على أن ملحظ الفقهاء فى علة السقوط المذكور ، هو ما ذكرنا ما نص عليه أن العمياء لا يسقط حقها فى الحضانة ان أمكنها الحفظ. بل مانص عليه منأنه لو كانت الحاضنة كثيرة الصلاة قد استولتعليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها (جزء ١ ص ٢٨٥ فتاوى المهدية وجزء ٢ ص ٦٥١ ابن عابدين) . واذا كانت ظروف الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بارضاعها لولدها فى الأوقات الواجبة وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع وحفظه طبقا لما تشير اليه النصوص .

٤٩/١١٨٢ أسيوط (١٥/١٠/٤٧) ت س م ش ٢٠/٩٠

□■□

(المبدأ ٣٧) : المناط فى عدم الأهلية للحضانة الفسق وكون الصغيرة تعقله أو ترك المحضونة عرضة للهلاك ـ الأصل الأمانة والأهلية ولا ينفى ذلك عن الحضانة الا بدليل .

المناط فى عدم الأهلية للحضانة الفسق وكون الصغيرة تعقله كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من رد المحتار ص ٦٥١ والصغيرة لم تبلغ سن التمييز ولم يقم دليل على الفسق ولا على أن المدعية كانت مكلفة وقت هذه الصورة ولا على انها كانت ابان حضانتها للبنت ولا على تضمنها فى ذاتها مطعنا من المطاعن المنافية اهلية الحضانة ولاعلى ان المدعيه قد وقفت عند احدها أمام رجل لا امرأة فلم تكن فى ذاتها فسقا تعقله الرضيعة . والأصل الأمانة والأهلية للحضانة وقد قام البرهان على ذلك لامساك المدعية هذه البنت فى المدة الماضية مع المحافظة عليها طارئا للعناية بنشأتها ولم يتبين ما ينافى ذلك ولم يدع طارئا ينافى اهلية الحضانة الثابتة بالصفة السابقة ولم تكن المدعية طالبة ضم بادىء ذى بدء حتى يحتاج الى اثبات أهليتها للحضانة لأن البنت فى يدها .

٣١/٢٧٨٨ الجمالية (١٨/١/٣٣) ت س م ش ٤/٧٩١

□■□

(المبدا ٣٨) : المراة الفاسقة بارتكابها الفاحشة وعلى الأخص الزنا لا تكون اهلا لحضانة اولادها .

حيث أنه نص على أن الحاضنة ان كانت فاسقة فسقا يلزم معهضياع الولد عندها سقط حقها والا فهى احق به الى ان يعقل فينتزع منها كالكتابية وقد قالوا فى الكتابية أنها كالمسلمة ما لم يعقل دينا أن يخاف عليه أن يألف الكفر ــ وقد نقل عن النهر فى متى يعقل ذلك أنه ينبغى تقديره بسبع سنين لصحة اسلامه حينئذ ولكن على فرض التسليم بهذا التقدير فى الكتابية فان تسوية الفاسقة بالكتابية فى الامساك الى أن يعقل لا يقتضى التسوية بينهما فى التقدير فان الصغير يعقل أشياء قبل الأخرى وتعقله الاسلام وتصوره أصعب من تعقل الأفعال الشائنة التى يحس بها الأطفال فى ديارنا فى سن الرابعة والخامسة ويذكرون كثيرا من آثارها وينبغى ايضا أن نسوى الفاسقة بالكتابية اذا خيف على الصغير أن يألف ما عليه الأم من سيرة فاسدة ، فقد نص على أن المناط فى الحضانة هو رعاية صالح الصغير ــ والذى أراه أن فقه هذه المسالة يقضى بسقوط حاضنة الفاسقة اذا خيف الضياع أو كان الصغير بحيث يعقل ما تأتيه الحاضنة وان لم يبلغ سبعا او خيف عليه أن يألف ما تأتيه وان لم يعقل .

٢٩/٥٢٤ الازبكية (٢٠/١٢/٢٩) م ش ٧٢٢/١

□■□

(المبدا ٣٩) : مقترفة البغاء ليست اهلا للحضانة شرعا .

حيث ثبت من التحرى ومن شهادة الشهود أن المدعى عليها بغى عاهر تحترف البغاء علنا وبذا تكون غير امينة على الصغيرة ويسقط حقها فى حضانتها لمصلحة المحضون .

وحيث انه وان تكن البنت المطلوب ضمها صغيرة ولا تعقل الفسق الا أن الاحتراف بالبغاء من شأنه أن يضيع البنت لعدم تفرغ أمها لخدمتها كلما لزمت الخدمة .

وحيث أن الفقهاء حين اشترطوا فى الفسق الذى يمنع حق الحضانة أن يترتب عليه ضياع الصغير لم يبينوا الأحوال التى يضيع فيها الصغير والتى لا يضيع بل تركوا ذلك لتقدير الحاكم ــ ومن حيث أن الفساد لم يكن عم فى زمنهم حتى صار البغاء غير ممنوع ولو كان الحال عندهم كما هو عندنا اليوم لما ترددوا فى سلب العاهر حقها فى الحضانة حرصا على مصلحة المحضون .

٣٠/٣٧١ طنطا (١٦/١٢/٣٠) م ش ٣٧٠/٣

□■□

(المبدأ ٤٠) : نفى الحكم عن الأم اهليتها لحضانة ولدها لأسباب سائغة ـ الجدل فى ذلك موضوعى .

متى كان الحكم قد نفى فى اسباب سائغة عن الأم أهليتها لحضانة ولدها فان الجدل فى ذلك لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الحكم لمقتضيات حرمان الأم من الحضانة مما لا تجوز اثارته أمام محكمة النقض .

نقض ٢٦/٣٨ ق (٥٨/٣/٢٧) س ٢٥٩/٩

□■□

(المبدأ ٤١) : الحاضنة الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان ويخشى عليه انه يالف الكفر .

المنصوص عليه ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان ،وجمع فى الهداية مع هذا أمرا آخرا هو اصل استنتجه من قواعدهم وهو (أن الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف عليه من أن يالف الكفر ولو لم يعقل الأديان) ومقتضاه أنه اذا خيف ان يألف الكفر انتزع منها وان لم يعقل الأديان . وفى النقاية لو خيف على الولد أن تغذيه أمه الذمية بالخمر أو بلحم الخنزير ضم الى أناس من المسلمين وظاهر انه ينزع منها بحكم القاضى وانه لا عاصب له مصلحة والا سلمه القاضى اليه .

٤٨/٢٩٥ العطارين (٤٨/٤/٢٠) م ش ٣٤٠/٢٠

□■□

(المبدأ ٤٢) : امتناع الحاضنة عن الارضاع لا يبطل حقها فى الحضانة ولا يسقطه وجود غيرها ترضع باجر اومجانا وعلى الأب أن يستأجر من ترضع عندها لأن الحضانة لها والنفقة عليه .

الفقة يقضى بأن امتناع الحاضنة عن الارضاع لا يبطل حقها فى الحضانة ولا يسقطه وجود غيرها ترضع بأجر أو مجانا وعلى الأب أن يستأجر من ترضع عندها لأن الحضانة لها والنفقة عليه كما نص على ذلك فى الجـزء الأول من الفتاوى المهدية صفحتى ٢٦٥ ، ٢٦٦ وفى الجزء الثانى من رد المحتار ص٦٥٢.

٣١/٢٧٨٨ الجمالية (٣٣/١/١٧) ت س م ش ١٣٣/٥

□■□

(المبدأ ٤٣) : يشترط فى الحاضن العاصب اتحاد الدين .

حيث انه يشترط فى الحاضن العاصب اتحاد الدين فلا حق للعصبة فى حضانة الصبى الا ان يكون على دينه ـ فاذا كان أخوان أحدهما مسلم والآخر يهودى والصبى يهودى فاليهودى أولى .

٣٧/٤٤٦ س ك مصر (٣٨/٩/١٢) م ش ٦٣/١/١١

□■□

(المبدأ ٤٤) : متى صار المحضون فى يد ابيه بعد تجاوزه اقل سن الحضانة لا ينزع من يده .

متى تجاوز المحضون أقل سن الحضانة وانه فى يد والده المدعى عليه فلا وجه لنزعه من يده وضمه الى جدته فى هذه الحالة بناء على المادة العشرين من القانون ٩٢٩/٢٥ للمحاكم الشرعية التى نصت على ان للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع والصغيرة بعد تسع سنين الى احدى عشر سنة اذا تبين أن مصلحتها تقضى بذلك لأن هذا خاص بحالة ما اذا كان كل منهما فى يد الحاضنة وان حضانتها قائمة ولم تزل يدها عن المحضون كما هو صريح فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون فقد نصت على أن القاضى اذا راى المصلحة فى البقاء فى يد الحاضنة قضى بذلك الى تسع سنين فى الصغير والى احدى عشر سنة فى الصغيرة وان راى مصلحتها فى غير ذلك قضى بضمها الى غير النساء ـ فهذا واضح فى أن هذه المادة خاصة بحالة وجود المحضون فى يد الحاضنة ولم تتعرض لحالة نزعه من يد عاصبه بعد صيرورته فى يده وقد تجاوز سن الحضانة .

٤١/١٤٦٣ س.ك مصر (٤٢/٥/٥) — م ش ٢٦١/١٥

□■□

(المبدأ ٤٥) : غير الأب والجد من العصبة المحارم ليس له حق فى امساك الجارية اذا خيف عليها منه وللقاضى ان يسلمها الى امرأة مسلمة ثقة امينة .

نص فى كافى الحاكم أن للعم والأخ ضم الجارية اليهما عند عدم الأم اذا لم يخف عليها منهما ، اما اذا خيف عليها منهما فينظر القاضى امرأة ثقة فتسلم اليها . وفى البدائع لو كانت الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها او مالها لا تسلم اليهم . وفى النهر . وقالوا : ان كان من المحارم من لا يؤمن على الصبى والصبية فلا حق له فى الحضانة . وفى المطلب ومن لا يؤمن على صبى وصبية ليس له حق الامساك وينبغى للمفتى والقاضى أن يكون ذا بصيرة يراعى الأصلح للولد فانه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج امه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه اخذه منها ليؤذيه ويؤذيها او ليأكل من نفقته او نحو ذلك ، فان علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من امه لأن مدار الحضانة على نفع الولد (ص ٦٥٧ ، ٦٥٧ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين ، ٤٩١ جزء أول من مجمع الأنهر ملتقى الأبحر ودر المفتى شرح الملتقى) .

٣٨/١٢٧١ كفر الزيات (٤٠/٤/٢) — م ش ٧٥/٩/١٢

□■□

(المبدا ٤٦) : اذا لم يكن العاصب امينا على الصغير لا يسلم اليه ويسقط حقه الى من يليه .

المنصوص عليه شرعا أن العاصب اذا لم يكن أمينا على الصغيرة فى النفس والمال لا تسلم اليه بل يسقط حقه الى من يليه فان لم يكن لها احد وضعها القاضى عند امراة ثقة امينة قادرة على الحفظ ، وفى البدائع حتى لو كان الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لا تسلم اليهم ونظر القاضى امراة ثقة عدلة امينة فيسلمها اليها الى أن تبلغ ـ اذا اجتمعت الأمومة والأمانة والوصاية فى امراة كانت اولى ببقاء البنت عندها الى ان تبلغ.

٤٤/٢٠٧١ سوهاج (٤٦/٤/٢٩) ت س م ش ٢١٢/٨

□■□

(المبدا ٤٧) : العاصب المفسد كالحاضنة المفسدة يسقط حقه فى ضم الصغير وحفظه .

العاصب المفسد كالحاضنة المفسدة يسقط حقه فى ضم الصغير وحفظه متى ثبت فساده . فالحاضنة اما أو غيرها يجب أن تتوافر فيها شروط بينت فى مواضعها من كتب الذهب . فاذا اختل شرطا منها او اسقطت اهليتها بشيء يتعارض مع مصلحة الصغير نزع الولد منها واعطى لغيرها من الحاضنات أو العصبة وأن العاصب مثل الحاضنة يجب أن يكون مصلحا أمينا فاذا كان مفسدا أو مبغضا للصغير أو غير أمين على نفسه وماله أو ارتكب ما يتنافى مع مصلحة الصغير انتزع منه كما ينتزع من الحاضنة من النساء ومن فساد العاصب أن يبيع ما يملكه مفرزا وهو شائع قبل قسمته أو يتجاوز حد الاعتدال الى الاسراف فى بذل ماله ولو فى سبيل البر ـ وعللوا ذلك بان المفسد فى المال لا يصلح لولاية المال ولا لحفظ الصغير والقاضى حينئذ صاحب الراى فى عند من يضع الصغير أو الجارية ان لم يكن لها عاصب مصلح وان شاء أبقى الصغير فى يد حاضنته ولو تجاوز سن الحضانة كما يضع الجارية ولو بالغة عند امرأة تقدر على حفظها أو خلاها تنفرد بنفسها اذا كانت مأمونة على نفسها لكن اذا تقدم عاصب مصلح أمين سلمه القاضى اليه لان القاضى له الولاية على ذوى الولايات الخاصة حتى اذا خرج أحدهم عن حدود ولايته كان للقاضى سلب تلك الولاية واعطاؤه لغيره طبقا للمنهج الشرعى . لأن ولاية ذى الولاية على النفس مقيدة بتحقيق مصلحة الولد فاذا انتفت المصلحة زالت الولاية على النفس والمال ، ولذا نصحوا للقاضى أن يتدبر خصوص الوقائع ويتعرف أحوال الناس ويراعى الأصلح للولد وفوض الفقهاء له الراى فى ذلك .

٤٨/٢٩٥ العطارين (٨٤/٤/٢٠) م ش ١٠١/٢٥

□■□

(المبدا ٤٨) : لا تخير ام الأم فى الحضانة اذا ثبت يسار الأب .

لا محل لتخيير أم الام فى الحضــانة لأن ذلك مشروط بحــالة اعســاره (الأب) .

٣٤/٥٠٢ اجا (٣٥/٥/٢٠) م ش ١٠/٤٥٢

□■□

(المبدا ٤٩) : لا محل لتخيير الحاضنة القريبة بين امساك الصــغير مجانا وبين تسليمه للمحرم البعيــد عنه اذا كان الأب موسرا وانمــا محلــه اذا كان الطالب الأب وهو معسر .

المنصوص عليه شرعا ان حق الحضانة بعد سقوط حق الأم ، لأم الأم وانها فى ذلك مقــدمة على الجــدة لأب مادامت أهلا للحضــانة . وان حق الجدة لأب انما يصير لها اذا سقطت الجدة لأم ، وان حق الضم لا يصير لأم الأب مع قيام حق أم الأم الا اذا كان الأب معسرا وطلب هو سقوط الأجرة عنه وخيرت الجدة لأم فعلا بين امساك الصغير مجانا وبــين تركه للمتبرعة وامتنعت اما اذا كان موسرا فلا محل لتخيير الحاضنة القريبة مراعاة لحق الصغير مع يساره .

٣١/٣٠٣ شبرا خيت (٣٢/٦/٩) م ش ١٢/٤/١٠٧

□■□

(المبدا ٥٠) : يكفى مسوغا لســماع دعوى التخيــير فى الحضــانة ابتناؤها على فقر والد الصغير ووجود متبرعة بالحضانة مجانا .

حيث ان المستأنف بنى طلب التخيير أمام المحكمة الجزئيــة على انه فقير وأن لديه متبرعة بالحضانة مجانا ، وهذا كل ما يلزم للدعوى الصــادر فيها الحكم المســتأنف وحيئذ تكون الدعــوى مشــتملة على ما يصححهــا ويجعلها مسموعة شرعا .

٩٣٤/١٥٨ س ك مصر (٣٤/١٢/١٩) م ش ٥/٣٩٩

□■□

(المبدا ٥١) : مكان الحضانة هو مكان الزوجة وقت قيــام الزوجيــة بينهما .

أن مكان الحضانة هو مكان الزوجة وقت قيــام الزوجيــة بينهمــا (البدائع فى الحضانة) .

٣٢/١٩٩٥ للجمالية (٣٣/٤/١٦) ت س م ش ٦/١٥٧

□■□

(المبدا ٥٢) : مكان الحضانة هو مكان الزوجين حال قيام الزوجية بينهما ـ ولغير الأم من الحاضنات ما للأم بعد انقضاء عدتها من الانتقال الى مقر قريب منه متى امكن للأب مطالعة الصغير بالسفر المعتاد والعودة نهارا الى بلده .

نص على أن لغير الأم من الحاضنات ما للأم بعد انقضاء عدتها من الانتقال بالصغير من مكان الحضانة الى مقر قريب منه بغير اذن الأب . انظر تقرير العلامة الرافعى نقلا عن السندى بحثا على قول من تنوير الأبصار وشرحه (أما غيرها كجدة فلا تقدر على نقله الا باذنه) وبما أن المدعى قرر ان المدعية زوجته والدة الصغيرين توفيت بدمنهور مكان الحضانة كما نص عليه فى البدائع (من باب الحضانة) من أن مكان الحضانة هو مكان الزوجين وقت قيام الزوجية بينهما .

٣٤/٣٨٦ جيزة (٣٥/٦/٢٨)ت س م ش ٧/٢١٦

□■□

(المبدا ٥٣) : يقضى الفقه بمنع الأب من اخراج ولده من بلدة امه من غير رضاها ، مادامت حضانتها .

حيث أن الفقه يقضى بانه اذا وقعت الفرقة بين الزوجين وأرادت المراة أن تخرج ولدها عند انقضاء عدتها الى مصر جامع لم يقع فيه النكاح فليس لهاذلك الا اذا كانت المسافة بين هذا المصر وبين مكان الفرقة ذلك القرب . ومن حيث ان الفقهاء لم يشترطوا نوع سفر معين ، ولا وسيلة انتقال خاصة فيجب العمل بالنص على أطلاقه ، وان ينظر الى امكان العودة قبل الليل فى ذاته من غير نظر الى نوع السفر ولا الى وسيلة الانتقال ، فيراعى فى ذلك نوع السير المألوف الميسور عادة الى الكافة ، لا ما نص عليه فى السفر الشرعى المتضمن أن الرخصة فيه هو السير ثلاثة أيام بسير الابل أو الأقدام ، لاختلاط المناط هنا وهناك ، لأن المناط هناك المشقة وهنا الضرر على الأب حتى لا يبيت خارج منزله ، والضرر يندفع ما أمكن الذهاب والعودة قبل الليل بأى وسيلة مألوفة للكافة من وسائل الانتقال .

٣١/٤٠٠ الجمالية (٣٣/٥/٢٣) ت س م ش ٥/٢٦٥

□■□

(المبدا ٥٤) : انتقال الحاضنة بالصغير الى مكان بعيد عن مكان الحضانة لا يسقط حقها فى حضانته .

نص الفقهاء على أن حق الحضانة انما هو للأم مادام الصغير فى سن الحضانة ، وان ذلك لا يبطله الا امور قرروها ، من بينها اقامة الحاضنة بالصغير بعيدا عن مكان الحضانة ، وهم وان نصوا على وجوب اقامة

الحاضنة الا أنهم لم ينصوا على أن انتقالها منه مسقط لحقها فى حضانته ، وكل ما هنالك انه يجب أمرها بالانتقال بالصغير الى مكان الحضانة .

٤٦/٥٨ أسيوط (٤٦/١/٦) ت س م ش ٢٠/٢٠٦

□■□

(المبدا ٥٥) : انتقال الحاضنة بالصغير من مكان الحضانة لا يسقط حقها فيها وانما يجب امرها بالانتقال الى مكان الحضانة .

حيث أن الفقهاء وان نصوا على وجوب اقامة الحاضنة بالصغير فى مكان الحضانة الا أنهم لم ينصوا على أن انتقالها منه يسقط حضانتها وكل ما هناك أنه يجب أمرها بالانتقال الى مكان الحضانة .

٣٦/٣٤٠ الجمالية (٥/ ٣٨/٤) ت س م ش ٨/خلا ٢٨٦

□■□

(المبدا ٥٦) : انتقال الحاضنة بالصغير الى بلد غير الذى تقيم فيه مع والده لا يسقط حقها فى الحضانة مع تمكن الأب من رؤية ابنه والعودة نهاراً.

انتقال الحاضنة بالصغير الى بلد غير الذى كانت تقيم مع والده فيه لا يسقط حقها فى الحضانة متى كانت المسافة بين البلدين بطريق المواصلات المعتادة بحيث يمكن للأب رؤية ابنه والعودة نهارا فلا يجاب معه الأب الى طلب ضم الصغير اليه لذلك .

٣٤/١٥٤٤ س ك مصر (٣٥/٥/٢٧) م ش ٨١٤/٧

□■□

(المبدا ٥٧) : غير الأم من الحاضنات كالأم يجوز لها الانتقال بالصغير بغير اذن الأب فى كل موضع جاز للأم بعد انقضاء عدتها الانتقال اليه ولم يكن لعقد النكاح تأثير فى هذا الانتقال كما فى المصر القريب .

المنصوص عليه أن الأم بعد انقضاء عدتها لها الانتقال من مكان الحضانة الى مصر قريب ولو لم يكن عقد النكاح حصل فيه .

وحيث أن الحاضنة غير الأم يجوز لها أن تنتقل بالصغير بغير اذن الأب فى كل موضع جاز للأم بعد انقضاء عدتها الانتقال فيه ولم يكن لعقد النكاح تأثير فى هذا الانتقال .

٣٢/١٦٩٥ الجمالية (٣٣/٤/١٦) ت س م ش ١٥٨/٦

□■□

(المبدأ ٥٨) : يراعى فى انتقال الأم بالمحضون نوع السفر بحسب المألوف .

يراعى فى انتقال الأم بالمحضون نوع السفر بحسب المألوف الميسور للكافة ولا ينظر الى ما نص عليه فى السفر الشرعى المتضمن أن الرخصة فيه ثلاثة أيام لاختلاف المناط لأن المناط هناك المشقة وهنا منع الضرر عن الأب .

٣١/٤٠٠ الجمالية (٢٣/٥/٣٣) م ش ٥/٣٦٥

□■□

(المبدأ ٥٩) : مناط القرب أن يتمكن الأب من مطالعة ولده ويعود نهارا .

مناط القرب أن يتمكن الأب من مطالعة ولده ويعود الى محله نهارا ولكنه لاشك أن كل زمان ومكان بحسب طرق المواصلات المعتادة فيه .

٣٢/١٩٩٥ الجمالية (١٦/٤/٣٣) ت س م ش ٦/١٥٧

□■□

(المبدأ ٦٠) : ما ذكره الفقهاء بصدد مسالة البعد هو ان تكون المسافة بين البلدين بحيث لا يتمكن المطالع للصغير من رؤيته والعودة نهارا ليس من قبيل الحد الجامع المانع وانما هو مجرد تمثيل للضرر فى عصرهم.

ما ذكره الفقهاء بصدد مسألة البعد وهو أن تكون المسافة بين البلدين بحيث لا يتمكن المطالع من رؤيته والعودة نهارا ، لم يسقه الفقهاء مساق الحد الجامع المانع لمسألة البعد ، ولم يجعلوا ذلك ضابطا ومعيارا ، وأنما ساقوه مساق المثل للضرر الذى يصيب من له حق حضانة الصغير فى ذلكم الزمان الذى لم تكن المواصلات فيه سهلة ميسرة ، ولم يكن الأمن فيه مستتبا باسطا رواقه وظله ولم يكن الليل فيه الا شيئا مرعبا مخيفا حيث ينتشر الظلام ويكثر اللصوص وقطاع الطريق ، فبديهى أن يكون التأخير حتى يسدل الليل ستاره ضررا يجب أن ينتقى ـ اما الأن وقد استتب الأمن وسهلت المواصلات وانيرت الطرق والمسالك واصبح الليل قطعة من النهار ولا يشعر السائر فيه بوحشة ولا يخشى ضررا فليس معقولا أن يعتبر ذلك الآن ضررا يجيز طلب الضم لطالبه .

٤٦/٥٨ أسيوط (٦/١/٤٧) م ش ٢٠/٢٠٦

□■□

(المبدأ ٦١) : اذا انتقلت أم الصغير بولدها ولو الى مكان بعيد فليس للأب حق نزعه منها مادامت الزوجية قائمة لأن له عليها سلطان الزوجية وادخالها فى طاعته فيضمه بضمها اليه وكذا المعتدة لوجوب اسكانها بمسكن العدة .

نص على عدم جواز نقل الأب للصغير الذى فى سن الحضانة عن بلد الأم بلا رضاها ما بقيت حضانتها سواء كان المكان المنقول اليه الصغير بعيدا

ام قريبا بحيث يمكنها ان تبصره فيه ثم ترجع اليه فى اليوم نفسه ، وعللوا ذلك بانه اذا كان لهاالحضانة يمنع من أخذه منها فضلا عن أخراجه عن محل اقامتها . ومن قيد المنع بالمكان البعيد اخذا من عبارة الحاوى فغير صحيح او يحمل ذلك على انه اذا لم يكن لها حق الحضانة وقد ورد ايضا المنع من اخراج الصغير من بلدها ولو قام بالأم مانع من الحضانة قبل تجاوز سن الحضانة كما فى الشرنبلالية عن البرهان واليك نصها : « وكذا لا يخرج الأب به من محل اقامته قبل استغنائه وان لم يكن لها حق الحضانة لاحتمال عودته بزوال المانع » واصرح من هذا ما جاء فى الفرع من ابن عابدين (جزء ثان) فى التنظير الوارد به ولو خرج بالصغير مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده ، وعلل ذلك فى رد المحتار بما نصه : « لأنه وان أخرجه باذنها لكنها لما خرجت معه لم تكن راضية بفراقه فاذا ردها وحدها ثم طلقها لزمه رده اليها » انظر ابن عابدين ص ٦٩٧ ، ص ٦٩٨ من الجزء الثانى فى آخر باب الحضانة — على انه لو سلم جدلا صحة ما ذكره المدعى فى دعواه وجاريناه فى أنه أحضر المدعى عليها لفرض ما وامتنعت من الانتقال معه الى بلده فاقصى ما يقال فى هذا الامتناع أنها عاصية اذا كان قد أوفاها عاجل صداقها وتكون ناشزا وليس نشوذها بمانع لها من الحضانة والا لعد من موانعها ولا قائل به . ومن قال به فعليه الدليل وان كانت لا تقر على هذا العصيان بل قد نص على أن نشوز الزوجة غير مانع لها من حضانة صغارها وغير مبيح للأب فصلهم عنها كما يعلم من الفتاوى الهندية ص ٣٠٠ ، ص ٣٢٠ ونصه: « الأم احق بالحضانة قبل الفرقة وبعدها ونشوز الزوجة لا يسقط حق الحضانة وتؤمر الزوجة بطاعته حيث كان قائما بحقوق النكاح الشرعية » وهذا نص صريح فى أنه لا يجوز له أن يباعد بين الأم وولدها فى مدة الحضانة وأن يسلخه عنها بل تكون البنت والولد كلاهما تابع لأمه فى مدة الزوجية واذا أراد ضم البنت اليه فعليه أن يضمها بضم أمها اليه بدعواها الى الدخول ى طاعته فى مسكنه الشرعى متى أوفاها حقوقها ، أما أن يريد أخذ البنت منها مع ترك أمها تقيم هنا فقد فوت عليها حق رؤيتها وحق حضانتها لو أجيب الى طلبه وهو ظلم كبير يلحق بها والظلم مدفوع بالنص — ولا يقال أن له حق فى رؤية البنت كحقها فلا يصح بقاؤها هنابعيدة عنه لانا نقول أنه هو الذى فوت على نفسه احضارها الى هنا وقيامه معها وبعدم ايفائها حقها واخذها للطاعة ويجعل انتقاله بالبنت الى مكة على قصد العنت منه والتحكم فيها بنزع البنت منها بدون مبرر فالمانع جاء من قبله لا من قبلها فيتحمل تبعته : فعليه أن شاء أن يوفيها حقها ويطلبها للطاعة ويأخذها هى والبنت — وهذا هو ما تقتضيه النصوص الفقهية يرى انهم رجحوا حق الأم فى رؤيته قبل سن الحضانة ولو كانت ساقطة الحضانة وبعده رجحوا جانبه .

هذا واذا اردت المزيد من النصوص فانظر الفتاوى المهدية من ص ٣٢٠ الى ص ٣٥٥ من الجزء الأول من باب الحضانة ففيها الكفاية بجلاء واضح وقد اورد بعضا من الحوادث والوقائع العينية الجزئية التى تماثل هذه الدعوى وكانت موضع الفتوى فلا داعى لذكرها خوف الاطالة وكلها نص واضح فى أن الزوجة بل والمطلقة رجعيا اذا انتقلت بالصغير الذى هو فى سن الحضانة الى مكان ولو بعيدا عن والد الصغير لا حق له فى نزعه منها واخراجه عن محل اقامتها ولو الى مكان قريب .

وعبارة الفقهاء فى جواز أخذ الولد من أمه انما ذلك فى المطلقة بائنا اذا انقضت عدتها وزالت سلطة الزوج عنها ـ وذلك لأنها أصبحت لا سبيل للزوج عليها وغير أهل لطلبها فى محل الطاعة أو محل العدة وجميع النصوص واردةفى هذه الحال ، فقط أما حادثة الدعوى فلا ، وقد علمت من بعض النصوص الواردة فيها على أن أذكر حادثة مماثلة لموضوع هذه الدعوى ومطابقة معها تمام التطابق ، ما جاء فى الفتاوى المهدية من باب الحضانة واليك نصها باختصار : « سئل فى رجل مقيم بمديرية كردفان وله زوجة مقيمة بمصروقد كان موجودا معها أولا بمصر ثم توطن بمديرية كردفان فطلب من محافظة مصر أن تسلمه ابنته المرزوق بها من زوجته التى طلقها لتجاوز البنت سن الحضانة حيث بلغت عشر سنوات وبطلب البنت من امها قالت أن عمرها ثمانى سنوات فطلبت المحافظة اخذ رأى المفتى فأجاب بالآتى : « حيث وقع الاختلاف من سن البنت المذكورة فلا تنتزع من أمها الااذا تحقق شرعا بلوغ سنها تسع سنوات على ما عليه الفتوى ويؤمر الزوج بالانفاق على بنته وعليها مادامت فى العدة ويعتبر طلاقهـا من تاريخ اخبارها .

ومن ذلك يؤخذ انه لو كان له الحق فى اخذها لبعد المسافة ولو قبل مضى سن الحضانة لأجيب الى طلبه ، هذا ومن نظر الى سلسلةالقضايا الحاصلة بين الطرفين يرى بوضوح مقدار وقع هذه الدعوى وما تحمله فى ثناياها من ضروب الكيد للمدعى عليها والعمل على اضرارها وايذائها فى شخص بنتها الصغيرة متى تحتاج الى عناية والدتها ورعايتها بعطفها وشفقتها وحنانها خصوصا وأن حق الحضانة وحق التربية هو حق الصغيرة قبل أن يكون حقا للأم أو للوالد ـ مع أنه كان فى امكانه أن يضمها مع والدتها بدعواها الى الدخول فى طاعته فيجب أن يعامل بنقيض قصده ويجب رفض الدعوى .

٣٣/٧٨٦ كرموز (٣٢/٤/١٠) م ش ٥ ص ٦٥٨

□■□

(المبدأ ٦٢) : القول بعدم جواز الانتقال بالصغير الى مكان بعيد عن مكان الحضانة انما هو خاص بالمطلقة والأب .

القول بعدم جواز الانتقال بالصغير الى مكان بعيد انما هو خاص بالمطلقة والأب فقط فقد جاء فى ابن عابدين ص ٦٥٩ جزء ٢ باب الحضانة ما يأتى : (سئل العلامة منلا التركمانى عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب تريد أمه السفر به من بلدها التى تزوجت فيها الى بلدة أخرى فهل لجده منعها ؟ فأجاب بأن الواقع فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب ولم نر من أجراها فى غيرهما ومفاده أن الجد ليس له منعها.

٤٦/٥٨ أسيوط (٤٧/١/٦)   م ش ٢٠٦/٢٠

□■□

(المبدأ ٦٣) : انتقال غير الأم من الحاضنات بالصغير ـ نهى الحاضنة غير الأم من الانتقال بالصغير روعى فيه مصلحة الولد .

حيث ان الفقهاء وان نصوا على أن غير الأم من الحاضنات ليس لها الانتقال بالصغير من بلد أبيه الى بلد آخر الا باذنه ، الا أنهم لم يرتبوا على مخالفة هذا النهى شرطا جزائيا فضلا عن أن يكون هذا الشرط هو سقوط حقها فى الحضانة .

وحيث انه بالرجوع الى أركان الحضانة وشروطها لم يوجد بينها عدم انتقال الحاضنة بالصغير من بلد أبيه فاذا تكون الحضانة قائمة مع وجود هذه المخالفة اى أن عدم انتقال الحاضنة ليس من مقومات الحضانة .

وحيث انه يؤخذ من أقوال الفقهاء أن نهى الحاضنة اذا كانت غير أم عن الانتقال بالصغير مطلقا الا باذن أبيه روعى فيه مصلحة الولد فقط اى أن هذا حقه هو دون غيره بدليل احتياجه الى اذنه هو بدليل نفاذه ولو كان الانتقال من مصر الى قرية أو عزبة ولو كان للصغير حق فى هذا الانتقال لقيد اذنه بالمصلحة واذا كان هذا خالص حقه فهو وشأنه فى طريق حصوله على هذا الحق وليس طريق حصوله على هذا الحق ما دفع به (*)

ومن حيث ان الحضانة روعى فيها مصلحة الصغير قبل كل شىء ولا تفوت هذه المصلحة بمجرد الانتقال ولذا لم يجعل الفقهاء من موجبات سقوط الحضانة الانتقال بالصغير .

١٤١/٩٢٨ دمياط (٣٩/٢/٥)   م ش ٢٢٢/١

□■□

(المبدأ ٦٤) : يوم السفر الشرعى ويوم المسافر لرؤية ابنة ــ المعول عليه فى المسافة هو أن يسافر الشخص ويعود الى بلده قبل الليل مهما كانت المسافة ومهما كانت وسيلة الانتقال .

حيث انه قد نص على ان الأم اذا كانت مطلقة فليس لها الانتقـــال بولدها من مكان الحضانة الى مكان آخر الا الى وطنها الذى عقد عليها فيه وأن محل ذلك اذا كان بين المكانين تفاوت أما لو كان بين الموضعين تقارب بحيث يتمكن الأب من مطالعة ولده والرجوع فى نهاره جاز لها أن تنتقل اليه سواء اكان وطنا لها أم لم يكن وقع العقد فيه أم لم يقع ــ وهذا الحكم مروى فى علية الكتب لم ينقل فيه اختلاف لأحد حتى أنه من غير تقوله فلا تسافر ــ صرحوا فيه بانه ليس المراد السفر الشرعى كما يعلم من الرجــوع الى البحر وحاشيته وقال الأستروسى فى احكام الصغار ــ وهذا كله اذا كان بين المصريين تفاوت أما اذا تقاربا بحيث يمكن الوالد أن يطلــع على ولــده ويبيت فى بيته . ثم قال أن انتقالها ان كان بحال يمكن للزوج أن يزور ولده وينظر فى أمره ويبيت فى أهله فلهــا أن تنتقل بالولــد والا فلا ــ هــذا هو الفاصل بين المسافة القريبة والبعيدة ــ ويتعلق بهذا الأصل مسائل منها هذه المسائل وذكر مسائل انتقال الشاهد لأداء الشهادة والعودة للخصم وانفاق المصاريف من مال المضارب وذكر فى الكل أن الفاصـــل بين القريب والبعيد انه اذا ابتكر من أهله أمكنه العــودة والمبيت فى منزله . ومن هذا نرى أن الفقهاء ارادوا الحكم على امكان العودة والمبيت فى منزله لو ابتكر من أهله وجعلوا هذا هو الضابط للقريب ، واطلقوا فلم يشترطوا نوع سير معين ولا وسيلة انتقال خاصة فيجب أن يعمل بالنص على اطلاقه ، وأن ينظر الى مكان العودة قبل الليل فى ذاته بقطع النظر عن نوع السير ووسائل الانتقال .

نعم لا ينظر لأنه وسيلة مهما كانت بل ينظــر الى المألوف الميســـور الى الكافة ولا ينظر الى النادر غير المألوف فان تلك الوسيلة خارجه من باب الامكان الذى يجب الا يتناول الا ما هو مالوف وميسور لعامة الناس .

اما الأخذ فى مسالة الحضانة بما ورد فى السفر الشرعى فغير مسلم فهناك قد نص على أن سبب الرخصة هو السير ثلاثة ايام بســـير الابل أو الأقدام فنوع السير معين فيجب فيه اتباع النص بخلاف ما هنا فان حمله على ذلك يكون من تقييد النص باتباع الراى ممن لا يملك قياســـا على أن المسالتين مختلفتان فى المناط وفى السفر الشرعى لبعد المشـــقة وهى غـــير منطقية ما لم ينقلها فكان لابد من بيان نوع السير لتحديد القدر الذى فيه المشقة اما هنا فالعلة ليست المشقة ولم ينظر اليها وانما المناط هو رفــع الضرر عن الأب بعدم المبيت خارج منزله وهذا ليس فى حاجة الى بيـــان

نوع من السير فان الضرر يندفع متى امكن الذهاب والعودة قبل الليل بأية وسيلة للانتقال تكون مالوفة وميسورة للكافة ـ وقياس هذه المسألة على تلك قياس غير صحيح ووسائل الانتقال الميسورة للكافة فى هذا الزمن هى الطرق الحديدية والسيارات العمومية والمراكب التجارية والشراعية والعربات والدواب والسير على الأقدام والثلاثة الأخيرة ليست مالوفة الا فى المسافات القصيرة وغير مالوفة هذه الأيام فمتى امكن الأب مطالعة ابنه والعودة للمبيت فى منزله فى المسافات الطويلة بوسائل الانتقال الأولى كان انتقال الأم بالصغير غير ممنوع شرعا ـ وقد يقال أن فى ذلك ضررا للأب متحملا نفقات السفر ولكن ذلك غير منظور اليه قطعيا فانه عليه أن ينتقل لرؤية ابنه متى اراد من بكرة النهار الى الليل ولم يقل الفقهاء ذلك الا وهم يعلمون أن الانتقال طول اليوم مكلف لنفقات فى كثير الأحيان .

۲۸/۱۸۸۸ الأزبكية (۲۹/٥/۲٥)　　　　م ش ۳۲۲/۱

□■□

(المبدا ٦٥) : عدم انتقال الحاضنة الى المحل الذى تعين للحاضنة بعد امرها بذلك يفقد اهليتها للحاضنة ويسقط حقها فيها .

الحكم بالانتقال ليس من الضرورى مطلقا أن يكون فى مسكن معين بل لها هى ا نتسكن فى أى مسكن شاءت حيثما ترى وان عدم انتقال الحاضنة الى المحل الذى تعين للحضانة بعد امرها يفقد اهليتها الحضانة ويسقط حقها فيها فهذا القدر فقط ه والذى يمكن أن يملك بالنسبة لها اذ ليس للمحكمة ولا لأى فرد أن يلزمها هى بالاقامة فى بلد معين بل لها أن تختار اقامتها هى كما تشاء انما يجب الا تكون مطلقة الحرية لابقاء المحضون بأى مكان تشاء لأن اقامة المحضون ليست ملكا خاصا لها تتصرف فيه كما تريد ، بل تعلق بها حق الغير وهو العاصب . ومادام الأمر كذلك ومادمنا لا نملك عليها حق اقامتها هى فى بلد معين فوجب أن تهدر أهليتها لحضانة المحضون مادامت لم تنتقل الى المكان الذى أمرت بالانتقال اليه وذلك حتى يمكن اخذ المحضون منها ويتحقق حق الغير وهو العاصب .
ونرى اجماله بما نص عليه من شروط الحضانة فى أول باب الحضانة أنه ليس على سبيل الحصر كما يعلم مما جاء فى الجزء الثانى من ابن عابدين فى أول باب الحضانة وقد جاء فيه ما نصه : « وقال الرملى : ويشترط فى الحاضنة أن تكون حرة الى ان قال : قلت وينبغى أن يزيد بعد قوله حرة .. الخ . فلم يرد بكلام الرملى ولا بكلام ابن عابدين فى هذا المقام

ذكر لاشتراط الا تكون فاسقة والولد يعقل الفسق ، ولا لاشتراط الا تكون غير مسلمة والولد يعقل الاديان ، أو يخاف أن يألف الكفر . فدل ذلك على أن ما ذكر على انه مشروط لم يذكر على سبيل الحصر وعلى أنه لو بحث الأمر بدقة لوجد أن الحكم بالانتفال هو فى الواقع ونفس الأمر حكم على الصغيرين بالانتقال لتعلق حق والدهما بذلك ـ وما كانت الدعوى على الحاضنة الا لأن الولدين فى يدها وهى التى تمثلهما فى الخصومة بسبب تلك اليد .

٣٤/٩٧٢ تلا (٣٥/١٢/٢٥) م ش ٤٠٣/٧

□■□

(المبدأ ٦٦) : سكوت العاصب عن تنفيذ الحكم بانتقال الحاضنة بالصغير الى بلده مدة لا يعتبر اذنا منه ببقائها فى الجهة التى تقيم بها .

لم يقل أحد بأن السكوت فى مثل هذه الحالة على فرض حصوله يعتبر اذنا فعليا فاننا اذا رجعنا الى النصوص الشرعية نجد أنه قد نص فى كتاب النكاح ـ على أن الكبير لو زوجه غيره وبلغه فسكت لا يعتبر سكوته اذنا بل لابد من رضاه بالكلام بخلاف الكبيرة ـ انظر ابن عابدين عند قوله فان استأذنها أو وكيله أو رسوله أو زوجها فسكتت ـ كما انه نص فى باب العته ـ على أن الزوجة لو وجدت زوجها عنينا أو مجبوبا ولم تخاصمه زمانا لم يبطل حقها وكذا لو خاصمته ثم تركته مدة فلها الطالبة .. وعلى الفرض الجدلى بأنه سكت وأن هذا السكوت يعتبر رضاء لا يكون مسقطا حقه الى الآن بل له الرجوع الى المطالبة بحقه ، اذ هذا الحق يثبت متجددا ـ وذلك قياسا على ما جاء فى ابن عابدين فى باب الحضانة عند قوله فتنتقل للجدة ونصه أى تنتقل الحضانة الى من تلى الأم فى الاستحقاق كالجدة ان كانت والا فلمن يليها فيما يظهر واستطرد أن هذا الاسقاط لا يدوم فلها الرجوع لان حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل أ.هـ. ـ أى فهو كاسقاط القسم لضرتها فلا يرد لأن الساقط لا يعود لأن العائد غير الساقط بخلاف اسقاط حق الشفعة .

٣١/٩٧٢ تلا (٣٥/١٢/٢٥) م ش ٥٠٣/٣

□■□

(المبدأ ٦٧) : احكام الحضانة عملية وضعت لتترتب عليها آثارها فى هذه الدنيا بمصلحة الولد فى الحال .

الظاهر من تتبع ما قرره الفقهاء من الأحكام فى باب الحضانة انها أحكام عملية وضعت لتترتب عليها آثارها فى هذه الدنيا بمصلحة الولد فى الحال وليست أحكاما لتبيين ما يكون اثما فى الآخرة وما لا يكون ـ فكون الأم

ليس لها امساك الصغير اذا تزوجت الأجنبى لا يقال انها بذلك تكون آثمة فحسب ويكون الحكم كذلك فى الحاضنة التى ليس لها نقل الصغير من بلد الأب اذا نقلتـه واصرت على ان لا تحضنه فى بلد أبيـه أن ينزع الولد منهـا ما دامت خارج بلد الأب فان عادت الى حضانته فى بلد أبيه عاد اليها حقهـا فيه والقول بغير هذا يكون معناه أن ما وضع لمصلحة الصغير أو لمصلحة الأب تكون الحاضنة فى حل من تعطيله ويقف أمامها القاضى والأب مكتوفى اليـد اذ لا يملكان اجبارها على الانتقال لأنه ليس لهما على نفسها سلطان . وقـد تكون ذات زوج يريد بقـاءها حيث هى ولا يوجـد ما يمنع فاذا لم ينتـزع الصغير منها مع هـذا كان ذلك تعطيلا للحكم الذى يقول انه شرع لمصلحـة الصغير ولمصلحة الأب ، واهدار لتلك المصلحة وينبغى تنزيه احكام الشرائع عن مثل هذا .

٣٥/٢١٣ س ك طنطا (٣٦/٦/١٣) م ش ٥٠٦/٧

□■□

(المبدأ ٦٨) : احكام الحضانة احكام علمية يراد ترتيب اثرها عليها فى الدنيا لمصلحة الصغير او لمصلحة والده .

ان احكام الحضانة احكام عمليـة يراد ترتيب أثرها عليها فى الدنيـا لمصلحة الصغير أو لمصلحة والديه . ولذا اجازوا للحاضنة الانتقال بالصغير الى اى جهة متى اذن الأب بذلك وعللوا عدم جواز انتقـالها به الى اى مكان بعيد بغير اذن بالضرر الذى يلحق الأب من بعده عن ولده وتحمله مشقة فى رؤيته ، والمفهوم من تعليل الفقهاء أن منع الحاضنة من الانتقال بالصغير من مكان الحضانة ليس أمرا تعبديا لنفس المكان كالاعتداد فى منزل الزوجية مثلا بل المنع لمصلحة والد الصغير . والظاهر من عبارات الفقهـاء عند الكلام على جواز انتقال الحاضنة وعدمه وبيان المكان القريب والبعيد أن هذا مفروض فى حالة ما اذا كان الأب مقيما فى مكان الحضـانة حتى تتحقق علة المنع الى المكان البعيد وهى تمكنه من مطالعة ولده والعودة نهارا فى يومه وبدليل قولهم يقال لها « اتركى الولد واذهبى حيث شئت » حينمـا تريـد الانتقـال الى مكان ليس لها حق الانتقال اليه ـ فليس معنى هذا الا أنها تتركه عند والده المقيم فى مكان الحضانة ولا يقال سلمى الولد واذهبى حيث شئت اذا لم يكن والده مقيما فى مكان الحضانة .

٤٤/١٨١ قنا (٤٥/٢/٨) م ش ٤٤/١٧

□■□

(المبدا ٦٩) : الأحكام الصادرة فى دعوى الحضانة ذات حجية مؤقتة. بقاء هذه الحجية طالما ان دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير .

الأصل فى الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة انها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها ، الا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير ، والحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنفى عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى .

نقض ٤٩/٦٩ ق   س ٣١ ص ١٢٧٢ ح١

□■□

(المبدا ٧٠) : النظر فى بقاء الصغير فى يد حاضنته الى اقصى سن الحضانة لا يجوز الا اذا بلغ سن الحضانة .

النظر فى كون مصلحة الصغير فى بقائه فى يد حاضنته الى التاسعة ان كان ذكرا او الى الحادية عشرة ان كان انثى او عدمه لا يجوز الا اذا بلغ سن الحضانة فلا يحكم ببقائه فى يد حاضنته الى التاسعة (فى الذكر) والحادية عشرة (فى الأنثى) لعدم استغنائه عن خدمة النساء قبل بلوغه سن الحضانة لأن هذا سابق لأوانه .

٣٨/٤٣٤٨ س ك مصر (٣٨/١١/١٠)   م ١٠ /٦٤٢

□■□

(المبدا ٧١) : لا حق للنساء فى حضانة الصغيرة بعد تجاوزها التاسعة الا اذا تبين للقاضى أن مصلحة الصغيرة فى ذلك .

ان النساء أحق بحضانة الصغيرة الى أن تبلغ تسع سنين وللقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغيرة بعد تسع سنين والى أن تبلغ احدى عشرة سنة متى تبين له أن مصلحة الصغيرة تقتضى ذلك طبقا للمادة ٢٠ ق ٢٥ سنة ٩٢٩ . وواضح من هذا أن حق الحضانة بعد تجاوز البنت التاسعة انما يثبت للحاضنة اذا تبين للقاضى أن مصلحة الصغيرة تقتضى ذلك فاذا لم يتبين للقاضى ذلك فلا يثبت للحاضنة هذا الحق ـ المذكرة التفسيرية بخصوص المادة المذكورة جاء بها «ز» أن المصلحة داعية الى ان يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فان رأى مصلحتهما فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك الى تسع فى الصغير

واحـدى عشرة فى الصغيرة وان راى مصلحتهمـا فى غير ذلك قضى الى غير النسـاء .

٤٩/٥٨٧ س ك طنطا (٤٩/١٢/٧) م ش ٨١/٢١

□■□

(المبدا ٧٢) : وجود الصغير فى يد حاضنته امانة ولكنها من نوع آخر غير التى يعبر عنها بالوديعة والتى يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا .

ان كان حقا أن الصغير فى يد حاضنته أمانة الا انها أمانة من نوع آخر غير الأمانة التى يعبر عنها فقها بالوديعة وهى تسليط المالك غيره على حفظ ماله وهى التى يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا فليس الصغير ملكا لأبيه ولا هو الذى أودعه حاضنته بل الشرع هو الذى سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة ابيه ولا لمصلحة اى شخص آخر بل للصالح العام الذى يحتم برعاية الصغار والقيام بتربيتهم الى ان يتمكنوا من الاسـتقلال برعاية شئونهم فجعلت الشريعة حضانة الصغير للنساء الى سن معينة ثم للرجال بعـد ذلك فاذا كانت الحاضنة قد تجاوزت الحق فى امساكه فلا يقال انهـا اغتصبت بل يقال انها اتت عملا ينافى مصلحته ولا جزاء لهذا الا التضرر على الوجه الوارد بقانون العقوبات ولم يرتب الشارع على امتناعها الزامها بنفقة بل تبقى نفقته واجبة على ابيه او من تلزمه نفقته شرعا وعليه أن يسلمهـا للحاضنة ما دام فى يدها .

٤٠/١٠٢٢ س ك مصر (٤١/٢/٢٣) م ش ٧٢/٤/١٢

□■□

(المبدا ٧٣) : الصـغير اذا تجاوز سن الحضـانة معتوها بقى عنـد حاضنته فاذا كان قد سلم لوليه فعلا اعيد اليها .

وحيث انه ظهر للمحكمة من منـاقشتها للصغيرة انها ضعيفـة العقل لدرجة تقرب من عدم التمييز . ومن حيث أنه مع ذلك فقد رات المحكمة من الأوفق فى مثل هـذه الحالة المشتبهة نوعا عرض الصـغيرة على خبير طبى اخصائى فى مثل هذه الأحوال وندبت لذلك الطبيب الشرعى فجـاء تقريره مؤيدا لما ظهر للمحكمة اذ جاء به ان البنت مصابة بنقص أو ضعف عقلى يرجح ان يكون خلقيا وأن قوة ادراكها توازى على وجه التقريب عقليـة الطفلة فى نحو السابعة من عمرها مع كونها بحسب الكشف الظاهرى فى نحو الرابعـة عشر وهى لذلك غير قادرة على المحافظة على نفسهـا وغير قابلة للتعليم أو الانتفاع بالتجارب وعرضة للاضرار بنفسها أو بغيرها دون قصد ــ وأنه يرى

ان مصلحة هذه البنت ان تكون فى حضانة امها ما دامت أمها على درجة كافية من الاستقامة وما دامت البنت على حالتها الموصوفة التى يستبعد أن يطرا عليها تحسن ولو أن هذا غير مستحيل .

ومن حيث انه ثبت من جميع ذلك ان البنت المذكورة هى الآن فى حكم الأطفال الذين لم يبلغوا السابعة من العمر وسواء أكان ذلك قديما موروثا أم حادثا عارضا فان مما لا شك فيه انها الآن محتاجة الى الحضانة الشرعية بترتيبها الشرعى الذى اساسه الشفقة على الصغار ومن فى حكمهم ورعاية مصلحتهم وتغذية عاطفة الأمومة الحقيقية أو الحكمية بغذائها الطبيعى فى حدود الشريعة والعدالة .

٣١/١٣٢٠٢ طنطا (٣/٥/٥) ت س   م ش ٧٠/٤

□■□

(المبدأ ٧٤) : الهروب من تنفيذ حكم الضم والامتناع عن تسليم الولد لا يجعل الولد فى يد الحاضنة كالمغصوب .

ان ما ذهب اليه الحكم المستانف من ان الولد اصبح فى يد المستانفة بعد تجاوزه سن الحضانة وامتناعها عن تسليمه كالمغصوب فلا تكون نفقته واجبة على ابيه ولا تلزم بتسليمه اليه قياسا على العبد المغصوب فان نفقته تكون على الغاصب فغير مستقيم ولا يتفق مع لنصوص الشرعية لانعدام الشبه بين الولد الصغير فى يد أمه بعد تجاوزه سن الحضانة وبين العبد أو الحيوان فى يد غاصبه وللتغاير التام بين المسألتين فى الوضع والحكم فالولد نفقته مفروضة على ابيه والأب مأمور باداء هذه النفقة للحاضنة لأنه فى يدها ــ أما الغاصب فهو معتد من أول الأمر ولم يسلط على الانفاق على المغصوب فليس له الرجوع على المالك بما انفقه عليه مدة غصبه .

٣٩/١٤٩١ س ك مصر (٤٠/٤/١٤)   م ش ٨٣/١/١٣

□■□

(المبدأ ٧٥) : الغصب شرعا ازالة يد محقة واثبات يد مبطلة فى مال محترم متقوم والانسان ليس مالا ــ فلا يتصور فيه الغصب .

لم يقل أحد أن الانسان يجرى فيه الغصب لأن الغصب شرعا هو ازالة يد محقة واثبات يد مبطلة فى مال محترم متقوم ــ فالغصب لا يكون الا فى الأموال المحترمة المتقومة والانسان ليس مالا فلا يتصور فيه الغصب بالمعنى الشرعى فاذا قيل انه مغصوب فى بعض العبارات القانونية فهذا على سبيل المجاز لا على وجه الحقيقة .

٤٠/١٠٢٢ س ك مصر (٤١/٢/٢٣)   م ش ٧٢/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٧٦) : لا يصح ان يكون تنازع الأب والأم على امساك الصغير سببا فى تعطيل الانفاق عليه ووسيلة لحبس النفقة عنه من اجل نزاع لا شان له به ولا دخل له فيه .

لا يصح ا نيكون تنازع الأب والأم على امساك الصغير سببا فى تعطيل الانفاق عليه ووسيلة لحبس النفقة عنه من أجل نزاع لا شأن له به . وغنى عن البيان أن أمر المستأنفة بعدم المطالبة بالنفقة المحكوم بهـا لا نتيجة له سوى تجويع هـذا الطفل ومنع القوت عنه ، وقد يتمادى فى ابقـائه تحت يدها وتعجز فى الوقت نفسـه عن الانفاق عليه فتعرض حياته للخطر ومصلحته للضياع .

٣٩/١٤٩١ س ك مصر (٤٠/٤/١٤) م ش ٨٧/١/١٢

□■□

(المبدأ ٧٧) : تبرع غير الأم بحضانة الصغر لا يسقط حقها فى الحضانة لا سيما اذا كان الطفل لا يزال رضيعا ، لأنها اشفق الناس عليه .

ان بعض الفقهاء يرى أن تبرع غير الأم بنفقة المحضون وامساكه بالمجان لا يسقط حق الأم فى الحضانة ، بل يبقى فى يدها ما دام رضيعا ، ولا تبرع منها لأنها أشفق الناس عليه واكثرهم حنانا وصبرا على خدمته بما لا يتأتى من غيرها . وقد نص فى الجزء الأول من الفتاوى المهدية فى باب الحضـانة على وجوب تفطن القضاة لمثل هذه الدعاوى ولا يسـايروا المتبرعات ، فان اكثرهن لا يرون من مثل هذه الدعاوى سوى الكيد والاحتيال ، فقد يفتعل ذلك تواطؤا وتحايلا لاسقاط ما قرر على الأب .

٣٩/١٨٣ منفلوط (٤٠/٢/٦) ت س م ش ١١٠/٥/١٢

□■□

(المبدأ ٧٨) : تبرع غير الأم بنفقة المحضون الرضيع لا يسقط حقهـا فى حضانته ، بل يبقى فى يدها ما دام رضيعا .

النص الشرعى يقضى بأن مثل هذا التبرع على فرض انه صـادر عن غرض صحيح مشروع لا يسقط حق الأم فى حضـانة بنتها بل تبقى فى يدها ما دامت رضـيعة ولا تنزع منهـا كما نص على ذلك فى الجزء الثـانى من رد المحتار ص ٣٥٢ .

ق ٢٧/٧٠٦ العياط (٢٨/١٠/١٧) م ش ٣٥٨/٣

□■□

(المبدأ ٧٩) : اذا طلبت الحاضنة المتبرعة ضم الصغير اليها بدون طلب الأب لا تجاب اليه لأنها لا تنصب خصما عن الأب فى ذلك لان حق الضم لا يصير لها الا اذا كان الأب معسرا وتضرر فعلا من الأجرة وخيرت الأم وامتنعت عن امساكه بالمجان .

نص الفقهاء على أن حق الأم انما يسقط اذا ابت ان تحضنه مجانا لكن مشروط باعسار الأب وطلبه هو لا طلب المتبرعة لجواز ان يرضى ببقائه عند الأم وهو معسر ولكن فى حالة اليسار لا يسقط حقها لأن بقاء الصغير مع أمه أنفع له وترجح حينئذ مصلحة الصغير ببقائه عند الأم ولا ضرر على الأب ليساره . وأن حق المتبرعة فى الضم شرط لطلب الأب سقوط الأجر عنه ولا يتوصل الى حقه فى سقوط الأجر الا باثبات حق الضم عنها فنصب الأب وحده خصما عنها فيه وهى غائبة اما اذا حضرت وحدها ـ وطلبت الضم بدون طلب الأب فلا تجاب اليه لأنها لا تنتصب خصما عن الأب فى طلب سقوط الأجر والتضرر تبعا لحقها فى الضم .

٣٤/٥٠٢ اجا (٢٠/٥/٣٥) م ش ٤٥٢/١٠

□■□

(المبدا ٨٠) : فقر المتبرعة ويسار الأب دليل كيدية دعواها مما يوجب رفضها .

بالرجوع الى اقوال الفقهاء نجد العلامة المهدى فى فتاواه جزء أول ص ٢٦٥ قد حذر من التواطؤ بين الأب والمتبرعة حين سئل فى رجل طلق زوجته وله ولد سنه نحو ست سنين ثم بعد انقضاء عدتها طلبت أجرة حضانة ولدها من أبيه فهل اذا كان للأب أم متبرعة بالحضانة وهو معسر ـ تقدم أم الأب اذا لم ترض الأم بحضانته بدون مقابل او للأم جبر الأب على دفع اجرة حضانة ولده فى هذه الحالة فاجاب رحمه الله اذا كان الأب معسرا وارادت الجدة المتبرعة بالحضانة ان تربى الولد وتحضنه مجانا ولا تمنعه عن امه والأم تأبى ذلك وتطلب الأجر . فالصحيح أن يقال لها اما أن تمسكى الولد بغير أجر واما أن تدفعيه للمتبرعة . ويجب على الحاكم اذا ادعى الأب وجود متبرعة ان يحتاط فلا يجيبه بمجرد ادعائه ولا بمجرد حضور امراة تدعى التبرع لأن الحق ثابت للأم شرعا فلا يبطل بمجرد قول غيرها ولا بحضور المدعية وطلبها أخذ الولد فانه قد يفعل تواطؤا وتحيلا لاسقاط ما قرر على الأب فاذا مالت الأم الى ترك الولد لعدم قدرتها على ترك الأجرة مع امساك الولد لضرورة مؤنتها واحتياجها يحتاط فى أمر الصغير وينظر فى أمر التى تزعم التبرع لدفع التواطؤ مع الأب لاضاعة التقرير ـ وهل للمتبرعة

قوة وقدرة على القيام بالحضانة والسهر فان تحقق صلاحية المتبرعة دفعه لها .

٥١/٥٨٧ السيدة (٥٢/٢/١٨) م ش ٢٤/ ٣٨١

□■□

(المبدأ ٨١) : ترفض دعوى الحاضنة المتاخرة امساك الصغير مجانا اذا لم يطلب ذلك الأب لجواز ان يرضى وهو معسر بابقائه عند الحاضنة القريبة بالأجر وانها لا تنتصب خصما عند الأب فى التضرر وطلب سقوط الأجر فى دعواها الضم لنفسها .

لا محل لاجابة الحاضنة البعيدة الى طلبها اذا حضرت وحدها وطلبت استلام الصغير وتخيير القريبة دون ان يطلب ذلك الأب حتى ولو فى حالة اعسار الأب لأنها حينئذ لا تكون خصما عنه وهو غائب فى التضرر من الأجر وطلب سقوطه ولجواز أن يرضى الأب وهو معسر بابقاء الصغير لدى القريبة بالأجر ولأن حق البعيدة المتبرعة لا يؤول اليها وهو طلب الضم الا اذا سبقه تضرر من الأب وطلب سقوطه لكنه لو حضر وحده وطلب الضم وسقوط الأجر انتصب خصما عن الجدة أو الحاضنة المتاخرة فى طلب الضم لأن الضم شرط حقه والانسان يصير خصما عن الغائب اذا كان لا يتوصل الى حقه الا باثبات شرط حقه أو سببه (جامع الفصولين من الدعوى) .

٣١/٢٠٣ شبراخيت (٣٢/٦/٩) م ش ١٢/ ١٠٧/٤

□■□

(المبدأ ٨٢) : يسقط حق النساء فى الحضانة بتجاوز الولد سن الحضانة .

المنصوص عليه أن الولد متى تجاوز سن الحضانة سقط حق النساء فى حضانته وانتقل الى الرجال .

٢٩/٧٩ دمياط (٣٠/١/١٣) م ش ١/ ٥٣٨

□■□

(المبدأ ٨٣) : يسقط حق الحضانة بنكاح غير محرم وبسكناها عند المبغضين .

ان الحاضنة يسقط حقها فى الحضانة بنكاح غير محرم وكذا بسكناها عند المبغضين كما فى القنية لو تزوجت الأم بآخر وامسكته ام الأم فى بيت المبغضين فللأب اخذه .

٢٨/٣٩١ شبراخيت (٣٩/٨/١٥) م ش ١/ ٣٢٥

□■□

(المبدأ ٨٤) : يسقط حق الحضانة بنكاح غير محرم من الصغير .

نص الفقهاء على ان الحاضنة يسقط عنها حقها بنكاح غير محرم للصغير لأن زوج الأم يطعمه نزرا وينظر اليه شزرا ولذلك قالوا أ نهناك فرقا بين زوج الأم وبين الأجنبى حتى انه نص فى النهر على أن الخالة اذا امسكت الصغير فى بيت الأجنبى لا يسقط حقها فى الحضانة يراجع ابن عابدين جزء٢ ص ٦٥٢ ، ٦٥٥ ، ٦٥٦ ، ٦٥٧ .

٤٣/٧٨١ الأقصر (٤٤/٦/٢٢)　　　　م ش ١٧٤/٦/١٦

□■□

(المبدأ ٨٥) : هل تسقط حضانة الحاضنة بسكناها مع الأجنبى ولو لم يثبت عليها جريمة الفسق .

ان مساكنة الحاضنة للأجنبى تمنعها من حق الحضانة ولو لم يثبت الفسق لأنه فى أرقى درجاته يكون زوجا وهو مانع بالنص كما يمنعها نفس السكنى معه . قال فى الدر وابن عابدين ـ اذا امسكت الحاضنة المحضون فى بيت أجنبى غير الزوج استظهر صاحب الدر السقوط . وفى النهر والظاهر معه ـ استظهره أيضا الحجة الرملى وقال ابن عابدين والأصوب التفصيل ـ وهو ان الحاضنة اذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما اذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له ـ فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة يرى الأنفع للولد ص ٨٨٠ جزء ٢ .

وحيث انه اذا تبين أن السكنى مع أجنبى نفسها مسقط حق الحضانة متى كان أكلهما معا ـ وكذلك نفس الخروج الكثير المضيع للأولاد وحده كاف لسقوط حق الحضانة فما بالك اذا اجتمعا معا .

ومن حيث أنه تبين ان المصلحة فى غير بقاء الولدين فى يدها وانه يفتى بما هو الأصلح للصغير فى باب الحضانة وأن مصلحته مقدمة على مصلحة والديه .

٢٨/٢١٣٩ كرموز (٣٠/١٢/٢١) ت س　　　　م ش ٦٦٩/٢

□■□

(المبدأ ٨٦) : امساك الحاضنة للصغير فى بيت مطلقها الأجنبى التى لا تزال تعاشره (بعد سبق ادعاء طلاقها منه) مسقط حقها فى الحضانة .

متى ثبت امساك الحاضنة للصغير فى بيت مطلقها الأجنبى التى لا تزال تعاشره (بعد سبق ادعاء طلاقها منه) مسقط حقها فى الحضانة .

حيث انه ثبت من شهادة الشاهدين ان المستانف عليها تمسك الولدين فى بيت أجنبى عنهما هو زوجها الذى زعمت انها طلقت منه وفارقته بانقضاء عدتها بوضع الحمل وانها لا زالت تعاشره قبل الطلاق وهذا كاف للحكم عليها .

٣٢/٢٧٢٨ س ك مصر (٣٤/١٢/١٢) م ش ٦/٣٩٥

□■□

(المبدا ٨٧) : تزوج ام الرضيع بأجنبى عنه وسقوط حقها فى حضانته بسبب ذلك لا يمنع القاضى من تركه فى يدها متى راى ان مصلحة الصغير فى يدها .

تزوج الأم بأجنبى عن ولدها الرضيع وسقوط حقها فى حضانته بسبب ذلك لا يمنع القاضى من تركه فى يدها دون ضمه الى أبيه متى راى ان مصلحته فى هذا الترك .

٤٣/٧٩٠ أجا (٤٤/٥/٣) م ش ٢١/٣٨١

□■□

(المبدا ٨٨) : احتراف والدة الصغيرة التمثيل والرقص مسقط لحقها فى الحضانة .

احتراف المرأة بالتمثيل والرقص على المسارح مسقط للحضانة شرعا ونهى عنه ديننا الحنيف وشرعنا الحنيف الشريف ، فقد امر الله تعالى النساء بالاقامة فى البيوت ونهاهن عن التبرج ، فقال تعالى : « وقرن فى بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى » وبين ما يكن عليه عند الخروج من البيت اذا اقتضت الضرورة ذلك ـ فقال جل شأنه : « يا أيا النبى قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن ذلك ادنى ان يعرفن فلا يؤدين » ، فالتمثيل والرقص يخالفان هذه التعاليم السامية والآداب الحكيمة العالية .

١٤٩ س ك مصر (٤٩/٩/٢٧) م ش ٢١/٨٠

□■□

(المبدا ٨٩) : الحاضنة انكانت فاسقة فسقا يلزم ضياع الولد عندها سقط حقها فى حضانته .

المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها والا فهى احق به الى أن يعقل فينزع منها

كالكتابية (الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٦٥١) وقد قال الفقهاء فى الكتابية انها كالمسلمة ما لم يعقل دينا او يخاف عليه أن يألف الكفر .

١٧١١/٥٢ ميت غمر (١/٤/٥٣) ت س م ش ٢٥/٨١

□■□

(المبدأ ٩٠) : اذا خيف على الصغير ان يتخلق باخلاق اهل الفساد من ابيه امتنع ضمه اليه .

من حيث أنه تبين من الأوراق أن المستأنف عليه متشرد ولا صناعة له وأنه يحرز المخدرات وحبس غير مرة ولا يزال مسجونا من جراء ذلك .

وحيث انه بذلك يكون فاسدا غير مأمون على ابنه الصغير فلا يدفع اليه لان الغرض من ضم الصغير الى غاصبه بعد بلوغه السن التى ينزع فيها من الأم هو أن يتخلق بأخلاق الرجال ويتأدب بآدابهم ، فاذا ما كان العاصب فاسدا انتفى الغرض من الضم وكانت مصلحة الصغير فى عدم ضمه اليه لا فرق فى ذلك بين الأب وغيره اذ المدار فى ضم الصغير على دفع الضرر عنه ومراعاة منفعته وما ذهبت اليه محكمة اول درجة من ان الأمانة ليست بشرط فى الأب لم يستند الى دليل بل المفهوم من أقوال الفقهاء خلافه حيث نصوا على أن ضم الصغير الى العاصب من باب الولاية على نفسه . وقد صرحوا فى غير موضع بأن الأب اذا كان مفسدا يخشى منه على مال ابنه دفع ذلك المال الى من يؤتمن عليه فاولى أن لا يضم الصغير الى أبيه اذا خيف عليه أن يتخلق بأخلاق أهل الفساد ولقد استظهر بعض الفقهاء أن للقاضى ان يترك الولد عند أمه اذا انتهت حضانته ولم يوجد عاصب يطلبه .

٢٩٢/٣٢ س اسكندرية (٢١/٥/٢٣) م ش ٥/٦٤٠

□■□

(المبدأ ٩١) : الظاهر من قول الفقهاء أن المراد من المحرمية هى المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة كما نصوا على ان الحاضنة اذا تزوجت بمحرم من الرضاع لا من النسب سقط حقها فى الحضانة من غير اعتبار لهذه المحرمية .

ان المنصوص عليه شرعا أنه بعد انتهاء سن الحضانة لا تسلم البنت الا لذى رحم محرم منها .

ومن حيث أن المدعى وان كان رحما للمدعى عليها لأنه ابن عمها من الأب ومحرما لها من المصاهرة لأنه زوج أمها وقد دخل بها الا ان ظاهر قول الفقهاء لا تسلم البنت الا لذى رحم محرم ، اذ المراد من المحرمية فى قولهم هى

المحرمية من جهة الرحم لا من جهـة المصاهرة كما هنا ، ويؤيد هـذا المراد تصريحهم عنـد اشتراطهم فى الحاضنة ان لا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون أن المراد من المحرمية هى المحرمية من جهـة الرحم وفرعوا على هذا انهـا لو تزوجت بمحرم غير رحم كالعم رضـاعا أو رحما من النسب محرما من الرضاع كابن عمه نسبا هو عمه رضاعا فهو كالأجنبى وزواجها به مسقط لحقها فى الحضانة .

٣٣/١٥٤٥ منيا القمح (٣٥/١٢/٣١) م ش ١٤٧/١/٩

□■□

(المبدأ ٩٢) : ابقاء الصغير فى يد حاضنته او تسليمه لأبيه ليس من الأمور التى يحكم فيها بشريعة الطرفين غير المسلمين بل تطبق فيـه احكام الشريعة العامة للمسلمين متى ترافعوا الينا .

وحيث أن المدعى عليها دفعت بأن شريعة الطرفين تجيز بقاء البنت فى يدها وهو الزم من اللزوم فى وجوب الرفض لأن الطرفين بالتقاضى امامنا قد قبلا التحاكم بشريعتنا على أن هذا ليس من المواضيع التى قضت الشريعـة باقرارهم عليها ــ على أن النظر فى الصغير انما يكون للأصلح له والأنظمة فى جميع الشرائع متفقة على هذا القدر وليس من المصلحة فى شىء اذا تجـاوز الصغير سن الحضانة وكان بحالة يستغنى فيها عن النسـاء أن يبقى فى يد أمه بل النظر والمصلحة والأفضل له أن يكون فى يد أبيه يتولى شئونه ويعمل على تربيته وتعليمه وتنميته والمحافظة على البنت وصيانتها .

وبما أن ما دفع به وكيل المدعى عليها من ضعف البنت وحاجتهـا الى خدمة النسـاء مقبول نظرا لأنه تبين لنا بعـد النظر اليها أن الضعف ظاهر عليهـا وانها فى حاجة الى خدمة النسـاء وأنها غير نامية الجسم فيكون من مصلحتها بقـاؤها فى يد أمها متى كان لا يخشى عليها من بقـائها فى يدها . وقدمت شهادة طبية استأنس بها على مرضها بسلس البول ومثل المريضـة بهذا المرض تكون فى حاجة الى عناية تامة وتوفر هذا يكون ببقائها عند أمهـا لا فى يده ــ خاصة وان اباها متزوج بغير أمها فيكون من الظلم تسليم البنت وهى فى هذه الحالة لتضررها بامرأة ابيها .

٣٠/٢١١٧ كرموز (٣١/٩/٢٦) ت س م ش ٧٦٥/٤

□■□

(المبدأ ٩٣) : الحكم بالتطليق لخطأ الزوجين معا طبقا للقانون المدنى الفرنسى وبحضانة الزوج لابنه ـ انعدام مصلحة الزوجة فى التمسك بالقاعدة العامة الواردة فى المادة ٣٠٢ من ذلك القانون .

متى كان الحكم لم يصــدر بالتطليق لمصلحة الزوجة وبنــاء على خطأ الزوج وحده وانما صدر لخطأ الزوجين معا طبقا للقانون المدنى الفرنسى كما قضى بكفالة الزوج لأبنه فانه لا مصلحة للزوجة فى التمسك بالقاعدة العــامة الواردة فى صدر المادة ٣٠٢ من ذلك القــانون والتى تفضى بأن تكون كفــالة الأولاد حقا للزوج الذى حكم له بالطلاق بمقولة انه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقا لهذا النص .

٣٦/٣٨ ق (٥٨/٣/٢٧) م ش ٢٥٩/٩

□■□

حكر

(المبدأ ١) : تعريف الحكر ـ اثره ـ انتهاء الحكر .

ان الاحتكار من وضع فقهاء الشريعة الاسلامية ، وهو عندهم عقد ايجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة ما دام يدفع اجر المثل ، ونصوا على انه لو خرب بناء المحتكر ، أو جف شجره ، ولم يبق لهما أثر فى أرض الوقف ، ومضت مدة الاحتكار عادت الأرض الى جهة الوقف ، ولم يكن للمحتكر ولا لورثته حق البقاء واعادة البناء . ونصبوا أيضا على أنه اذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة ينفسح العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عن المدة الباقية . وانه تطبيقا لهذه لهذه النصوص يبين أن العقار المحكر وقد نزعت ملكيته واستولت عليه الحكومة قد أصبح لا يمكن الانتفاع به ، وبذلك انفسح عقد الحكر ، وبانفساخه تعود الأرض للوقف خالية من حق البقاء والقرار ويكون للوقف وحده حق الحصول على ثمن الأرض .

نقض ٢٤/١٤٣ ق (٥٨/١٢/٢٥) س ٨١٦/٩

□■□

(المبدأ ٢) : تعريف لحكر . تقدير اجرته .

الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الاسلامى وهو عندهم « عقد ايجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل » وتقدير اجرته يكون (أولا) على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء . و (ثانيا) لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع (أى الجهة ولناحية) الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها ، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر .

نقض ٨/١ ق (٤٨/٤/١)

□■□

(المبدأ ٣) : تعريف عقد التحكير .

ذكر الفقهاء فى تعريف عقد التحكير انه تأجير الأرض للبناء او الغراس على وجه البقاء والقرار .

٤٦/١١ العليا (٤٨/٤/١) م ش ٣٣/٢٠

(المبدأ ٤) : لا يشترط لصحة التحكير فى ذاته اذن القاضى .

لا يشترط لصحة التحكير فى ذاته اذن القاضى اذا كان عقد الاجارة الذى وقع ضمنه لا يحتاج الى اذن القاضى لأنه طريق من طرق استغلال الموقوف لا ضرر فيه على الوقف فيدخل تحت ولاية المتولى كباقى التصرفات النافعة التى يملكها بدون توقف على اذن القاضى ، واذا كان التحكير عادة يحصل اذا خربت دار الوقف وتعطل الانتفاع بهـا بالكلية ولم يكن للوقف ريع تعمر به ولم يوجد احد يرغب فى استئجارها مدة مستقلة بأجرة معجلة تصرف فى تعميرها ولم يمكن استبدالها ويكون التحكير جائزا اذا توفرت هذه الشروط فاننا لم نعثر على نص يفيد بطلان عقد التحكير عند عدم توفرها ، والظاهر انه عند توفر هذه الشروط يكون المحتكرمتعينا للانتفاع بالعين الموقوفة ولكن هذا لا ينافى جوازه عند عدم توفرها لعدم وجود نص من الفقهاء على عدم جوازه اذا لم تتوفر هذه الشروط .

١٥٩/٥٠ العليا (٥١/٣/٥) م ش ١٦٧/٢٢

□■□

(المبدا ٥) : ماهية الحكر هل هو حق عينى ؟ التحدى بنص المادتين ١٠٨٦ و ١٠٨٧ من المشروع المدنى فى غير محله .

القول بأن الحكر حق عينى بل هو حق متداخل مع ملكية المالك الأصلى والتحدى بنصوص المادتين ١٠٨٦ و١٠٨٧ من مشروع القانون المدنى الجديد مردود بانه يبين مما ورد بالأعمال التحضيرية فى باب الحكر أن المشرع انما أراد تقنين احكام الشريعة الاسلامية على الوجه الذى اقره القضاء كما يبين منها أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لم توافق على نصوص المادتين ١٠٨٦ و١٠٨٧ من المشروع واستبدلت بهما فى بادىء الأمر نص المادة ١٠١٢ من مشروعها ، وكان هذا النص يجعل الاستبدال اجباريا على صاحب الرقبة نظير كل قيمة الأرض المحكرة لا نظير ثلث قيمتها ثم قدم اقتراح بحذف المادة ١٠١٢ واعادة النصوص التى وردت فى المادتين ١٠٨٦ و ١٠٨٧ من المشروع كما أقره مجلس النواب وقد ورد بتقرير اللجنة الاضافى ما يلى : « ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح على اطلاقه وانما أقرت حذف المادة المقترح حذفها دون أن تستعيض عنها بنص آخر حتى لا تقطع بالراى فى مسألة تعارضت فيها المصالح والحقوق تعارضا يستعصى على التوفيق ويحسن أن تترك هذه الحقوق والمصالح على حالها

□■□

الى ان يصدر فى شأنهما تشريع خاص » (١) .

نقض ٢٤/١٤٣ ق (٥٨/١٢/٢٥) س ٨١٦/٩

□■□

(المبدأ ٦) : طلب التحكير باجر المثل اعتراف بعدم احقيته للبقاء او القرار .

طلب التحكير بأجر المثل اعتراف من صاحب البناء بعدم أحقيته للبقاء او القرار .

٣٩/١٠١٢ ك مصر (٤٠/١٢/١٩) م ش س١٢/٩/٤٦

□■□

(المبدأ ٧) : اشتراط المادة ١٠٠٤ مدنى لقبول طلب تعديل اجرة الحكر مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير ـ حكم مستحدث .

ما تشترطه المادة ١٠٠٤ من القانون المدنى القائم لقبول طلب تعديل أجرة الحكر مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير هو حكم مستحدث ، وليس فى أحكام الشريعة الاسلامية ، ولا فى القواعد التى قررها الفقه والقضاء قبل صدور هذا القانون ما كان يقيد طلب تصقيع الحكر بوجوب مضى مدة معينة على آخر تقدير ، بل ان ماتقضى به أحكام الشريعة هو أن المحتكر تلزمه الزيادة كلما زادت أجرة المثل زيادة فاحشة . ولقد كان من المقرر فى ظل القانون المدنى الملغى أن تقدير ما اذا كان التغيير الذى طرأ على أجرة المثل بلغ الحد الذى يبرر طلب الزيادة أو لم يبلغه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

نقض ٢٩/٣٨٢ ق (٦٤/٤/١٦) س ١٥ ص ٥٥٧

□■□

---

(١) الحكر بعد صدور القانون المدنى ـ حق عينى ، وهو حق عينى اصلى ، ومن لم لا ينشأ لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير ، الا اذا سجل وفقا للمادة ٦ من قانون الشهر العقارى ، والا فلا يكون لعقد الحكر غير المسجل من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . والحكر لا يجوز اثباته الا بالورقة الرسمية التى يتعلق بها . (راجع الوسيط للدكتور السنهورى ج ٢/٦ ص ١٤٦)

(المبدا ٨) : للمحتكر اقامة ما يشاء من المبانى وله حق القرار ببنائه حتى ينتهى حق الحكر . تملكه لما يحدثه من بناء وله التصرف فيه استقلالا أو مع حق الحكر ـ انتقال هذا الحق عنه بالميراث ـ حيازته للأرض المحتكرة حيازة وقتية لا تكسبه الملك الا اذا غير سبب حيازته بما يزيل عنها صفة الوقتية .

من مقتضى عقد الحكر أن للمحتكر اقامة ما يشاء من المبانى على الأرض المحتكرة وله حق القرار ببنائه حتى ينتهى حق الحكر ، كما أن له أن يحدث فى المبانى زيادة وتعديلا ، وله ملكية ما أحدثه من بناء ملكا تاما يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر ، وينتقل عنه هذا الحق الى ورثته ، ولكنه فى كل هذا تكون حيازته للأرض المحتكرة حيازة وقتية لا تكسبه الملك الا اذا حصل تغيير فى سبب حيازته يزيل عنها صفة الوقتية ، ولا يكفى فى ذلك مجرد تغيير النية بفعل ايجابى ظاهر يجابه به مالك الحق بالانكار الساطع والمعارضة العلنية ، ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزمع انكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه .

نقض ٢٩/٢١٨ ق (٦٤/٢/٢٠) س ١٥ ص ٢٤٥

□■□

(المبدا ٩) : سلطة محكمة الموضوع فى الاستدلال على عدم التمسك بانتهاء عقد الحكر بعد صدور حكم بفسخه .

اذا كان كل من الحكمين الابتدائى والمطعون فيه الذى ايده واحال الى أسبابه قد استدل من قعود الطاعنة ـ وزارة الأوقاف ـ عن تنفيذ حكم فسخ الحكر الصادر لصالحها منذ سنة ١٩٤١ حتى تم الاستبدال من أن الأرض المستبدلة عليها مبان ملك مورث المطعون عليه ، ومن استمرار الطاعنة فى اقتضاء مقابل الانتفاع بالأرض المحكرة حتى تم استبدالها ، على أن رغبة الطاعنة انصرفت عن التمسك بانتهاء عقد الحكر ، واتجت الى الابقاء على صفة المطعون عليه كمستحكر ، وكان هذا الاستدلال سائغا مستمدا من أوراق الدعوى ووقائعها ، فان المجادلة فى ذلك لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره ، ولا تجوز اثارته أمام هذه المحكمة .

نقض ٣٣/١٧٠ ق (٧٢/٣/٢٣) ٢٣ ص ٥٠٠

□■□

(المبدأ ١٠) : عقد استبدال الحكر .

تنص المادة التاسعة من القانون ٩٢ / ١٩٦٠ ـ بشأن اعادة تنظيم انهاء الحكر على الأعيان الموقوفة ـ على أن « عقد الاستبدال يتم بالتوقيع عليه من وزير الأوقاف وبشهر العقد » وهذا العقد هو بمثابة عقد بيع اجرى بطريق المزايدة ، وتترتب على صدوره ذات الآثار التى تترتب على انعقاد البيع الاختيارى او حكم ايقاع البيع الذى يصدره قاضى البيوع ، ومن تاريخ توقيع وزير الأوقاف على عقد الاستبدال ينشأ حق المستحكر فى خمس الثمن ، اذ يعتبر هذا العقد سنده فى المطالبة بنصيبه من ثمن العين المستبدلة ، أما قبل تمام عقد الاستبدال بتوقيع وزير الأوقاف عليه فلا يكون حق المستحكر فى النصيب المذكور قد نشأ حتى يمكنه خصمه من كامل الثمن الذى رسا به مزاد العين المستبدلة ، وبالتالى فان دفع المستحكر لكامل الثمن شاملا نصيبه فيه وهو الخمسان ، هو دفع لدين مستحق عليه ، لا دفع لدين غير مستحق . واذا كان هذا النصيب فى ثمن العين المستبدلة هو دين عادى نشأ فى ذمة وزارة الأوقاف بعد انعقاد عقد الاستبدال بمقتضى نص المادة الثانية من القانون ١٩٦٠/٩٢ ، فان دعوى المطالبة به لا تسقط الا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه بعد تمام عقد الاستبدال بتوقيع وزير الأوقاف .

نقض ٣٧/١٧٠ ق (٧٢/٣/٢٣) س ٢٣ ص ٥٠٠

❑■❑

(المبدأ ١١) : الدعوى بزيادة قيمة الحكر الى قيمة معينة المشار اليها فى المادة ٣٤ مرافعات (المادة ٣/٣٧ مرافعات جديد) ـ المقصود بها ـ الدعوى بتصقيع الحكر التى تحدد فيها الزيادة المطلوبة بمبلغ معين .

الدعوى بطلب الزيادة فى اجرة الحكر اى بتصقيع الحكر تعتبر متفرعة عن أصل حق المحكر لأنه يطلب بها تعديلا فى حقه كمحكر ليزيد المقابل لهذا الحق وهو دائما أجر المثل ، فهى دعوى تتطلب بحث ماهية الاستحكار واثر تغيير صقع الأرض المحكرة على قيمة الحكر المقدر ، وكذلك فعل المستحكر فى تحسين الصقع وكل هذا فى صميم عقد الحكر ومرتبط بأصله . ولقد راعى المشرع ذلك فى تقنين المرافعات بما نص عليه فى المادة ٣٤ من أن يكون تقدير هذه الدعوى باعتبار قيمة الزيادة المطلوبة فى سنة مضروبة فى عشرين وليس باعتبار مجموع الأجرة المطلوبة

فحسب ، والتعبير فى هذه المادة بعبارة الزيادة فى قيمة الحكر لا يمكن أن ينصرف الى بدل الحكر لأن قيمة هذا البـدل ـ وهو الذى يتنـازل فى مقـابله المحكر عن حق الرقبـة للمحتكر ـ هـذه القيمة متى تم الاتفـاق عليهـا لا ترد عليها بعد ذلك أى زيادة بحجة تصقيع الحكر لأنه بأيلولة حق الرقبة الى المحتكر بمقتضى هذا التنازل تصبح الأرض مملوكة له ملكيـة تامة وينتهى حق الحكر باتحاد الذمة فى شـخصه ـ وعلى ذلك يـكون حقيقـة المقصود بدعوى زيادة قيمة الحكر الى قيمة معينة المشـار اليها فى المادة ٣٤ سـالفة الذكر انما هو الدعوى بتصقيع الحكر التى تحدد فيها الزيادة المطلوبة بمبلغ معين .

نقض ٢٩/١١٣ ق (٦٤/١/٢) س ٥ ا ص ٢٣

□■□

(المبدا ١٢) : المعتبر فى تقدير اجرة الحكر هو مراعاة اجـر مثل الارض خالية من البناء بحسب الزمان والمكان ورغبة النـاس فيها لا زيادة ثمن الأرض .

المنصوص عليـه شرعا أن المعتبر فى تقـدير الحكر هو مراعاة اجـر مثل الأرض ـ خالية مما البناء بحسب الزمان والمكان ورغبة الناس فيهـا بحيث لا يكون لحق البقاء والقرار تأثير فى ذلك .

١٠٧/٣٦ العليا (٣٨/٩/١٢) م ش ١٠/١٢٠

□■□

(المبدا ١٣) : المعلوم شرعا انه بعـد ازالة المبانى التى للغـير على ارض الوقف لا يبقى للمحتكر حق البقاء والقـرار ـ اذ التحكـير منوط ببقاء البناء .

المعلوم شرعا انه بعد ازالة المبانى لا يبقى للمحتكر حق البقاء والقرار اذ التحكير منوط ببقاء بنائه وعدم تهدمه فحقه على الأرض المحكرة يزول بزوال ما كان له من مبان فيها حتى أنه يجوز فى هذه الحالة لمتولى الوقف صاحب الرقبة أن يبنى لجهة وقفه ما يشاء مكان تلك المبانى التى كانت للمحتكر ولا يسوغ لذلك المحتكر ان يعارض فى ذلك . والنصوص فى ذلك كثيرة جاء فى كتاب الاجارة من تنقيح الفتاوى الحامدية سئل فيمـا اذا احتكر زيد قطعة أرض موقوفة من متوليها مدة معلومة بأجرة كـذا للبنـاء

والتعلى وبنى فيها حوانيت لنفسه وتصرف فيها حتى انقضت المـدة وخرب البناء وزال من الأرض ولم يبق له اثر فيها بالكلية فعمر المتولى مكانه حونيت للوقف بمـال الوقف فقـام زيد يعـارض فى ذلك بدون وجه شرعى فهل حيث كان الأمر كما ذكر يمنع من المعارضة فى ذلك « الجواب» نعم . ونصت المادة ٣٣٨ من قانون العـدل والانصـاف على انه : « اذا خرب البناء الذى بناه المحتكر فى ارض الوقف وزال عنها بالكلية بحيث لم يبـق له اثر ومضت مدة الاحتـكار عادت الأرض التى كانت مشـغولة بالبناء للوقف . وكذا اذا نشفت أشجار الأرض المحتكرة وذهب كسر دارها تعاد للوقف وان اراد محتكرها ان تستمر تحت يده بالحكر السابق فلا يجاب الى ذلك ونصت المادة ٣٣٤ منه بأنه يثبت للمحتكر حق القرار ببناء الأرض والجدار ويلزم بأجرة مثل الأرض مادام أساس بنائه قائما فيها وفى كتاب الوقف للأستاذ الشيخ عشوب ص ٢٣٥ من الطبعة الثانية (أنه بعـد نزع ملكية المبانى وازالتها لم يبق للمحتكر حق البقـاء والقرار اـ هو منوط ببقـاء بنائه وعدم تهدمه كما قدمنا) وفى ص ٢٣٣ (ولو خرب البنء وجف الشجر ولم يبق لهما اثر فى الأرض الموقوفة ومضت مـدة الاحتكار عادت الأرض الى جهـة الوقف وليس للمحتكر ولا لوارثه حـق البقاء واعادة البناء أو الشجر لما ذكرناه) انظر تنقيح الحامدية ص ١٣١ من الجزء الثانى .

١١٣٦/٣٩ ك مصر (٤١/٤/٢٧) م ش ٦٤/٧/١٣

□■□

(المبدأ ١٤) : ما يحدثه المحتكر فى الأرض الموقوفة يـكون مملوكا له .

المنصوص عليه شرعا أن ما يحدثهالمحتكر بالأرض الموقوفة يـكون مملوكا له فله بيعه وهبته وتأجيرهويورث عنه اذا مات ووارثه يقوم مقامه فى حق البقاء والقرار مادام يدفع اجرالمثل لجهة الوقف .

١٥٩/٥٠ العليا (٥١/٣/٥) م ش ٢٦٧/٢٢

□■□

(المبدأ ١٥ (: نزع ملكية العقار المحكر للمنفعة العامة ينفسخ به عقد الحكر وتعود الأرض الى الوقف خالية من حق البقاء والقرار .

اذا كان الحكم المطعون فيـه قد اقام قضـاءه على : « أن الاحتـكار من وضع فقهاء الشريعة الاسلامية وهو عندهم عقد ايجار يعطى للمحتكر

حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل ونصوا على أنه لو خرب بناء المحتكر أو جف شجرة ولم يبق لهما أثر فى ارض الوقف ومضت مدة الاحتكار عادت الأرض الى جهة الوقف ولم يكن للمحتكر ولا لورثته حق البقاء واعادة البناء ونصوا أيضا على أنه اذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة ينفسخ العقد وتسقط الأجرة عن المحتكر عن المدة الباقية وأنه تطبيقا لهذه النصوص يبين أن العقار المحكر وقد نزعت ملكيته واستولت عليه الحكومة فقد أصبح لا يمكن الانتفاع به وبذلك انفسخ عقد الحكر وبانفساخه وحده تعود الأرض للوقف خالية من حق البقاء والقرار ويكون للوقف وحده حق الحصول على ثمن الأرض وان هذه القواعد لا تختلف فى روحها عما نصت عليه المادة ٢٧٠ من القانون المدنى القديم اذ ورد بها أنه اذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كليا ينفسخ عقد الايجار حتما ، ولاشك أن نزع الملكية نوع من الهلاك التام ومادام أن عقد الاحتكار لا يخرج عن كونه نظير عقدايجار فا ننزع ملكية الأرض المحكرة وما عليها من بناء يترتب عليه حتما فسخ عقد الاحتكار ويسقط بذلك ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار ولا يكون له فى هذه الحالة الا ثمن بنائه وأما ألواقف فله كل ثمن الأرض — فان هذا الذى أقيم عليه الحكم لا مخالفة فيه للقانون على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ولا محل لقياس حالة نزع الملكية للمنفعة العامة على حالة الاستبدال لأنه يراعى عند تقدير ثمن الأرض فى الحالة الأخيرة أن الأرض مثقلة بما للمحتكر من حق البقاء والقرار عليها وهو عيب ينقص من قيمتها أما فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة فان حق البقاء يزول بفسخ عقد الايجار .

٣٤/١٤٣ ق (٥٨/١٢/٢٥) س ٨١٦/٩

□■□

(المبدأ ١٦) : انتهاء الحكر (١) .

انه لما كانت الشريعة تقضى بأنهاذا خرب البناء المحتكر ، أو جف شجره ، ولم يبق لهما أثر فى أرض الوقف ، ومضت مدة الاحتكار فان الأرض تعود الى جهة الوقف ، ولا يكون للمحتكر ولا لورثته حق البقاء واعادة البناء ،، وبأنه اذا لم يمكن الانتفاع بالعين المؤجرة فان العقد ينفسخ وتسقط عن المحتكر أجرة المدة الباقية — لما كان ذلك وكان نزع ملكية الأرض المحكورة هى وما عليها من بناء للمنفعة العامة يترتب عليه

---

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهورى جزء ٢/٦ ص ١٤٨١ وما بعدها .

حتمـا أن يفسـخ عقـد الاحـتكار ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقـاء والقرار ، ولا يكون له الا ثمن بنائه ، اما الوقف فيكون له ثمن الأرض .
نقض ٩/١٣ ق (٤٠/١/١١)

□■□

(المبدأ ١٧) : انهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة بقوة القانون . شرطه .

النص فى المادة الأولى من القانون رقم ١٩٨٢/٤٣ على أن « يعتبر حق الحكر منتهيا دون تعويض فى الأعيـان الموقوفة الخالية من اى بنـاء أو غراس عند العمل بهذ القانون وتعتبر الأرض ملكا خالصا لجهة الوقف ولا يعتـد بأى بناء أو غراس تقام فى الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون » والنص فى المادة الثانية من ذات القانون على انه « ينتهى حق الحكر على الأعيان الموقوفة المشغولة ببناء أو غراس بقرار يصدره وزير الأوقاف .... » يدل على أن حق الحكر ينتهى بقوة القانون دون اتخاذ اى اجراء متى كانت أعيان الوقف المرتب عليها حق الحكر فضـاء غـير مشغولة ببناء او غراس عند بدء العمل بالقانون ، اما تلك المقام عليهـا بناء أو بها غراس فلا ينتهى حق الحكر فى شانها الا بقرار يصدره وزيـر الأوقاف ، يستوى فى ذلك أن يكون من اقام البناء أو غـرس الغـراس صحب الحكر أم أحد غيره ، ذلك ان انهاء حق الحكر بقوة القانون منوط بأن تكون اعيان الوقف المحـكرة خالية وقت بـدء سريان القانون سالف الذكر دون النظر الى من شغلها سواء بالبناء أو الغراس ، ومن مقتضى ذلك انه يتعين لانهاء الحـكر بقـوة القانون ان يثبت أن الأرض الموقوفة المحكرة كانت خالية من اى بناء أو غراس عنـد بدء العمل بالقانون رقم ١٩٨٢/٤٣ فى يوم ١٩٨٢/٦/٢٥ .

□■□

(المبدأ ١٨) : انهاء الحكر ـ صدور قرار به من وزير الأوقاف .

النص فى المادة الأولى من القانون رقم ١٩٦٠/٩٢ عـلى أن ينتهى الحكر بقرار من وزير الأوقاف على أن يتم أنهاء جميع الأحكار فى مـدة لا تجاوز خمس سنوات من تاريخ العمل بالقانون مفاده أن المشرع استلزم لانهاء الحكر من جانب المطعـون ضـدها صـدور قرار بذلك من وزير الأوقاف واتباع الاجراءات المنصوص عليها فى ذلك القـانون ، فلا تثريب

على الحكم المطعون فيه اذا هو رتب على عدم اتخاذ الاجراءات المشار اليها بقاء الحكر قائما .

طعن ٥٣/١٨٦ ق ج ١٩٨٣/١١/١٣

□■□

(المبدأ ١٩) : الاقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة .

لاقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة مهما طالت مدة سكوت المحكر فى المطالبة بالحكر السنوى .

نقض ٥/٧٦ ق ١٩٣٦/٤/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٠) : وضع يد المحتكر وورثته من بعده ـ وضع يد مؤقت .

وضع يد المحتكر وورثته من بعده هو وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية . ولا يقبل من المحتكر التحدى بانفساخ عقد التحكير لعدم دفع الأجرة فى صدد تمسكه بتغير صفة وضع يده الحاصل ابتداء بسبب التحكير ، بل مهما انفسخ عقد التحكير للعلة المذكورة فان صفة وضع اليد تبقى على حالها غير متغيره .

نقض ٥/٧٦ ق ١٩٣٦/٤/٢٣

□■□

حـــكم

(المبدأ ١) : عند اختلاف الصاحبين تكون الفتوى على رأى لامام أبى يوسف .

المعرف فى رسم المفتى أنه عنـد اختلاف الصاحبـين يكون الحكم الفتوى على رأى الامام أبى يوسف .

□■□

(المبدأ ٢) : أمرنا أن تحكم بالظاهر لمن أشهد باعتناقه الاسلام .

المقرر أن الدين أو المذهب الدينى انما هو علاقة وسر بين العبد وربه لا يصح التشكك فى حقيقته أو صحته بعد أن يجاهر به صاحبه لعـدم أمكان تعرف النوايا والقلوب ولان هـذا هو المبدأ المقـرر فى الشريعـة الاسلامية فى الحكم على العقائد الدينية . فقد أمـرنا فى هـذا أن نحكم بالظاهر ، والله يتـولى السرائر ، فمتى صرح شخص بأنه اعتنق دينا أو مذهبا تحتم تصديقه فى قوله ومعاملته بحسب ذلك الدين أو المذهب .

٢٨٤٩/٠ ك س مصر (٤١/١٢/٢٠) م ش ٥٣/١/١٣

□■□

(المبدأ ٣) : الأحكام تبنى على الأفعال والأقوال .

الأحكام تبنى على الافعال والاقوال أما القلب فأمره متروك لله تعالى . ولا يترتب عليـه أن يرث من ارتد عن الاسلام بلسـانه ، اللهم الا من أكره على الكفر وقلبه مطمئن بالايمان .

٤٩/٣١ العليا (٥٠/١٠/٢٣) م ش ١٩٩/٢٢

□■□

(المبدأ ٤) : الامتيازات الطائفية فى دولة الاسلام : ترجع الى فهم كله خطأ بنى على خطأ ، وبالاطلاع على الآيات الواردة فى القرآن فى الحكم او التخيير وسبب نزولها وما جاء فيها من الأحاديث الصحيحة يرى أنها لا تصلح أصلا للامتيازات الطائفية لأنها نزلت فى حادثتين معينتين قبل أن يصيروا ذميين أو رعية للدولة الأسلامية ، ولا أصل للامتيازات الطائفية

فى الشريعة الاسلامية ويجب الا يكون لها وجود وان أخطأ المتشرعون فوضعوا بها القوانين والقواعد على أساس أن ولى الأمر مخير بين الحكم وعدمه كما يحتجون واستصدروا القوانين لبعض المجالس المالية بدون مبرر أو مسوغ .

ان الأصل فى الامتيازات الطائفية فى دولة الاسلام يرجع الى ما يفهمه أو يظنه كثير من الناس أن الله سبحانه قد خير رسول الله فى أن يحكم بين أهل الكتاب أو يدع فى قوله تعالى : (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) ــ والى أقوال كثيرين فى تفصيل ذلك والخلاف فى معناه ودلالته ثم جاءت الدولة العثمانية فى ابان قوتها فمنحت بعض رؤساء الطوائف فى بلادها امتياز الفصل بين اتباعهم فى بعض المسائل . وصار هذا المنح على الدولة المصرية حين كانت ولاية عثمانية ثم جاء دور الضعف والانحلال فى الدولة العثمانية وما يتبعها من البلاد فزاد تمسك تلك الطوائف بامتيازها بما وجدت من تأييد دول الاستعمار التى كانت تحارب الاسلام فى شخص الدولة العثمانية والتى كانت تحاول اخفاء نياتها تحت ستار حماية الأقليات المسيحية من تعصب المسلمين ، ولهذا البحث حديث يطول . ثم تقلبت الأمور وتطورت وجاء مشرعوا هذا العصر بعقول أوربية وعواطف قانونية أشربت ما يسمى (مبادىء التشريع الحديث) ورأوا هذه الطوائف بمجالسهم الملية وفهموا أن هذه حقوق أعطاها اياهم الحكام السابقون اتباعا لما ظنوه من التخيير بين الحكم فيهم وبين الاعراض عنهم وأن ولى الأمر استعمل حقه فى ذلك فأعرض عنهم وتركهم يتحاكمون فيما بينهم الى أنفسهم ثم صار هذا الأعراض من ولى الأمر فى نظرهم حقا لهذه الطوائف يسقط معه خياره الذى بنى عليه فلا يجوز له أن يعود فيه ويختار الطرف الآخر من طرفى الخيار فيحكم بينهم بنفسه أو بواسطة قضائه بشريعته التى يجب عليه الحكم بها وسارت هذه الحقوق فى نظرهم أقوى من حق ولى الأمر فى الحكم بشريعة الاسلام ومن حق الأمة فى توحيد قضائها وتشريعها ثم سار الأمر فوضى كما نرى ــ وهذا كله خطأ بل مجموعة أخطاء بنيت على اغاليط صورت فى الأذهان بصور مقدمات صحيحة يقينية عن برهان أو بصورة مقدمات مسلمة ليست موضعا للجدال .

ومن حيث ان الباحث الدقيق المنصف اذا بدأ بحثه من المصدر الأول وهو القرآن الكريم فقرأ الربع الرابع من سورة المائدة (الآيات ٤١ ــ ٥٠) غير متأثر بما وقر فى النفوس من مقدمات شبيهة بالمسلمات ثم قرأ ما ورد فى سبب نزول هذه الآيات وما جاء فيها من الأحاديث الصحاح

يوقن أن هذه الآيات لا يصح أن تجعل أصلا للامتيازات الطائفية ولا أن تكون سببا لاضطراب الأحكام فى دول الاسلام انما نزلت هـذه الآيات فى فى حادثة أو حادثتين لليهود ، حادثة قتل ، وحادثة زنا . جاء اليهـود فى كلتـا الحادثتين الى النبى صلى الله عليـه وسلم فخيره الله بين أن يعرض عنهم قال له : (وأن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا ، وان حكمت فأحكم بينهم بالقسـط) ثم قال له : (فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عمـا جاءك من الحق) ثم قال أيضـا . (وان أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله عليك) ـ ثم الثابت يقينا ليس موضعا للشك أن اليهود كانوا فى أطراف المدينة فى حصونهم وصياصيهم ، وكانوا فى قراهم بجوارها وكانوا مستقلين فى شئونهم غير خاضعين لسلطان رسول الله سياسيا و لااداريا ثم صاروا معـاهدين ثم غدروا بما عاهدوا فاجلاهم رسول الله عن المدينة ومن جوارها ولم يكونوا قط فى اى وقت من الأوقات رعية خاضعين لحكمه انما كانوا محـاربين أو مستأمنين أو معاهدين ولم يكونوا ذميين والظاهر لنا من سياق هذه الآيات وما ورد فيهـا من الأحاديث أنهـا نزلت قبل أن يصيروا معـاهدين ومن البديهى أن الحاكم لا يملك الحكم فى قوم ليسوا رعية لم يدخلوا فى سلطانه وأن له أن يحكم بين المعاهدين اذا وضع فى العهد نص يسوغ له الحكم بينهم ولذلك جاء النص فى الآية : (فان جاؤوك فأحكم بينهم أو اعرض عنهم) فهم ناس من غير رعيته جاؤوا يطلبون حكمه فى واقعة معينـة أو فى واقعتين ، ويؤيده قوله تعالى بعد : (وكيف يحكمونك وعندهم التوراة) فهذا تحكيم منهم لمن ليسوا رعية له فهو مخير فى أن يقبل التحكيم وأن يدع . أما رعيته من المسلمين واما رعيتـه من غيرهم وهم الذميون فليس له أن يتخلى عن الحكم فيما يشجر بينهم من نزاع وعن الحكم فيمـا يكون منهم من جرائم توجب العقاب ، ويجب أن يحكم بنفسه أن ينيب عنـه من يحكم فيهم من قاض أو وال أو نحوهمـا يحكمون فيهم بما امروا به من الحكم بالشريعـة الاسلامية ـ الكتاب والسنة والاستنباط منهما والاجتهاد فى فقههما ، فلم يكن رسول الله ولا أصحابه من بعده ليتخلوا عن اقامة العـدل بين رعاياهم من المسلمين ومن غيرهم . وهذا الذى ذهبنا اليـه قال به أحرار الفكر من أهل العلم من المتقدمين والمتأخرين . قال الامام ابن حزم فى المحلى (جزء ٩ ص ٤٢٥) ويحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم اهل الاسـلام فى كل شىء رضوا أو سـخطوا اتونا أو لم يأتونا ولا يحل ردهم الى حكم دينهم ولا الى حكامهم) وقال الامام السيد محمد رشيد رضا رحمه الله فى تفسير (جـ ٦ ص ٣٩٤) (المرجع المختار فى الآية ان التخيير خاص بالمعـاهدين دون اهل الذمة وعلى هـذا لا يجيب على حكام المسـلمين ان يحكموا بين الأجانب الذين هم فى بلادهم اذا تحـاكموا اليهم بل هم مخيرون يرجحون

فى كل وقت ما يرون فيه المصلحة ، واما اهل الذمة فيجب الحكم بينهم اذا تحاكموا الينا) وهـذا بالضرورة اذا لم توجد بيننا وبين الدول الأجنبيـة معاهدات تعطينا سلطة الحكم فى قضاياهم .

ومن حيث انه فوق هذا كله فان الذين فهموا أن ولى الأمر مخير بين أن يحكم وان يدع ناقضوا أنفسهم فجعلوا هـذا الخيار خاصا بما يسمونه (الأحوال الشخصية) ولم يرضوا ولا يمكن أن يرضوا ان يجعلوه فى مثل ما وردت فيه الآية وهو حادثا قتل وزنا ، اذ لا يعقل الآن فى الدولة أن يقتل ذمى آخر ثم يقال لهم اذهبوا فتحاكموا الى رؤسائكم الدينيين ليعـاقبوا القاتل بالقصاص أو الدية أو نحو ذلك .

٤٢/٥٠ الخليفة (٤٣/٣/١٤) م ش ١٤/١٤٦

□■□

(المبدأ ٥) : اوصاف الأحكام .

حصر القـانون أوصاف الأحكام فى ثلاثة حضورية ومعتبرة حضورية وغيـابية .

٣٤/٣٨٨٥ ك س مصر (٤٦/٢/٤) م س ١٨/١٣٥

□■□

(المبدأ ٦) :الحكم الحضورى .

النص فى المادة ٢٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على انه « اذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسـه ولا بوكيل عنـه بعد اعلانه فى الميعـاد الذى حـدد له ، تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبتـه بدون اعذار ونصب وكيل » وفى المادة ٢٨٥ من ذات اللائحـة على أن « الأحكام الحضورية هى التى تصدر فى غير الأحوال المبينة فى الفصل السابق » مفاده أن الحكم يكون حضوريا اذا سمعت المحكمة الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيله » .

نقض ٣٥/٢١ ق ح (٨٤/٢/٢١) لم ينشر

□■□

(المبدا ٧) : الحكم المعتبر حضوريا .

حصر القانون الحكم المعتبر حضوريا فى حالتين فقط : الأولى أن يغيب المدعى عليه بعد جوابه عن الدعوى بالاعتراف بها ـ الثانية أن يغيب المدعى عليه بعد انكاره الدعوى وثبوتها فى وجهه بالطريق الشرعى .

٤٨/٣٨٨٥ ك س مصر (٤/٢/٤٦) م ش ١٨/١٣٥

□■□

(المبدا ٨) : اذا أجلت القضية فى جلسة كان المدعى عليه حاضرا فيها للنطق بالحكم وفى جلسة النطق بالحكم لم يحضر فان الحكم الذى يصدر يكون حضوريا لا معتبرا حضوريا واذن فيبتدى ميعاد استئنافه من يوم صدوره فاذا قدم بعد ميعاده تعين رفضه .

حيث أن هذه الجلسة هى الجلسة الختامية للمرافعات وفيها انتهى سير الدعوى واستقر وضع القضية وحصرت بذلك فى نطاق الوصف بالحضور وأخذت مكانها فى دائرته لا تبرحه ولا تنتقل عنه فغياب المستانف بعد ذلك فى جلسة الحكم لا يغير من هذا الوضع والا لشطبت القضية التى تؤجل للنطق بالحكم عند غياب الخصوم فى جلسته وهذا ما ترده المادة ٢٨٨ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ وتقضى بخلافه ، فقد نصت على ما يأتى :

اذا لم يكن الخصوم حاضرين وقت النطق بالحكم لا تشطب المحكمة القضية وتقرر ما يقتضيه الحكم الشرعى فيها ـ وانه لما ذكر يكون الحكم فى الواقع وحقيقة الأمر حضوريا لا معتبر حضوريا .

٥٣/٤٥٨ ك س مصر م ش ٢٣/٤١٦

□■□

(المبدا ٩) : الغياب بعد اثبات الدعوى أو الاقرار يجعل الحكم كانه صدر فى المواجهة .

المقرر قانونا أن الغياب بعد اثبات الدعوى أو الاقرار بها الذى يترتب عليه أثره وهو جعل الحكم كأنه صدر فى مواجهة الخصم هو الغياب عن الجلسة المحددة لنظر القضية .

٤٠/٢٧٨ ك س مصر (٢/٣/٤١) م ش ١٢/٨/٨١

(المبـدأ ١٠) : الحكم المعتبر حضوريا لا يفترق عن الحكم الغيـابى الا فى حالة واحدة وهى عدم جواز المعارضة ـ وفيما عدا ذلك يكون حكمـا غيابيا من كل وجه .

الواقع ان الحكم المعتبر حضوريا لا يفترق عن الحكم الغيـابى الا فى حالة واحدة وهى عدم جواز المعارضة فيه وفيما عدا ذلك فانه يكون حكما غيـابيا من كل وجه فلا يصح التمسك به قبل انفضاض الجلسة ولا يبـدأ ميعاد استئنافه الا من تاريخ اعلان صورته التنفيذية .

٤٠/٢٧٨ ك س مصر (٤١/٣/٢)　　　م ش ٨١/٨/١٢

□■□

(المبدأ ١١) اذا غاب المحكوم عليـه بعد سماع البينـة وقبل ابداء الملاحظات عليها كان الحكم الصادر فى الموضوع بناء على هذه البينة معتبرا حضوريا ولا عبرة بوصف المحكمة له بأنه غيابى لأن الخطأ فى الوصف لا يغير الواقع .

حيث تبين ان المحكمـة سمعت شـهادة الشهود الذين بنى الحـكم المستأنف على شهادتهم وفى مواجهة وكيل المستأنفة وأجلت القضية الكلية لابداء الملاحظات عليهم وعلى شهادتهم فيعتبر الحكم الصادر فى هذه الحالة حضوريا طبقـا للمادة ٢٨٦ من القـانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ولا عبرة بوصف المحكمـة له بأنه غيـابى اذ العبرة فى وصف الحكم بأنه حضـورى أو معتبر كذلك أو غيابى طبقا للقـانون وانما هو للواقع الذى يتعرف من محـاضر القضـية .

٤٥/٣٧ العليا (٣٨/٤/٢٦)　　　م ش ٦٨٢/٩

□■□

(المبدأ ١٢) : لا يعتبر الحكم حضوريا بمجرد حضور الخصم الغائب فى الجلسة وانما يشترط لذلك حضوره فى القضية وأن توجه اليه الدعوى ويسأل عنها وتقام الأدلة فى مواجهته ويسأل رأيه فيها .

ان المعارضة لم يمثلها احد فى الخصومة ولم تسمع أدلة الدعوى فى مواجهتها ولا فى مواجهة من يمثلهـا وانه لذلك أصدرت المحكمة الجزئيـة حكمها فى الدعوى غيابيا ومن حيث أنه متى كان الحال ما ذكر ـ يكون قول

محكمة أول درجة أن الحكم المعارض فيه قد صدر بحضور وكيلها لأنه كان حاضرا بالجلســة وقت صدوره غير صحيح لأن حضور الخصم مجلس القضاء من غير ان توجه اليه الدعوى ويسأل عنها ثم تقام الأدلة فى مواجهته ويسأل رأيه فيها لا يسوغ اعتبار الحكم الصادر عليه حضوريا .

١٢٦١/٣٤ ك س مصر (٢٤/١٢/٢٤) م ش ٧٢٩/٦

□■□

(المبدأ ١٣) : المادة ٢٨٤ من اللائحة خاصــة بالأحكام القضائية وان الحكم الغيابى لا يعتبر حقا مكتسبا لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة ويسقط من تلقاء نفسه متى حضر الغائب قبل انتهائها .

حيث أن المــادة ٢٨٤ من اللائحة خاصــة بالأحكام والقرارات التى تصدر فى الدعاى القضائية أى فى نزاع بين خصمين مدعى ومدعى عليه كما هو واضح من ورودها فى الفصل الثانى من الباب الرابع الخاص بالأحكام بناء على قاعدة قانونية متفق عليهــا وهى أن الحكم الغيابى لا يعتبر حقــا مكتسبا لمن صدر لمصلحته حتى تنتهى الجلسة ويسقط من تلقاء نفســه متى حضر الغائب قبل انتهائها ويعتبر كأن لم يكن .

٢٣٤/٤٩ العليا الشرعية (٢١/١/٥٠) م ش ٣٤٦/٢١

□■□

(المبدأ ١٤) : يجب ان يكون الحكم دالا بذاته على استكمال شروط صحتــه .

المقرر فى قضاء النقض وجوب أن يكون الحكم دالا بذاته على استكمال شروط صحته . بحيث لا تقبل تكملة ما نقص فيــه من البيانات الجوهرية بأية طريقة من طرق الاثبات . كما لا يقبل التصحيح بناء على ورقة أجنبية عن الدعوى التى صدر فيها .

نقض ٤٦/٤٩٤ ق س ٣١ ص ٧٢٠

□■□

(المبدأ ١٥) : يعتبر الحكم غيابيا اذا سمعت الشهادة على الدعوى فى مواجهة المحكوم عليه ثم تغيرت الهيئة فاعادت سماعها فى غيبته وحكمت بمقتضــاها .

حيث انه وان كانت الشهادة على الدعوى قد سمعت أولا فى مواجهة المحكوم عليـه (المستأنف) الا ان الهيئـة التى سمعتها لم تحكم فى الدعوى بل حكمت فيها هيئة اخرى اعادت سـماع البينة فى غيبته ، ومن حيث أن الشهـادة التى بنى عليها الحكم المعـارض فيه هى الشهادة التى سمعتهـا الهيئـة التى أصدرت الحكم لا الشـهادة التى سمعتها الهيئة السـابقة فى بشهادة سمعها غيره وانما يحكم بالشهادة التى يسمعها هو نفسه ، وبنـاء على ذلك يكون الحكم المعارض فيه قد صدر غيابيا لبنائه على بينة سمعت فى غيبة المحكوم عليه ويكون من حقه أن يعارض طبقا للمادة ٢٩٠ لائحة .

١١/٤٦ العليا الشرعية (٤٧/١/٢٨) م شى ١٨/٢٠

□■□

(المبدأ ١٦) : اقامة الحكم قضاءه على دعامة تكفى لحمله .

متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما خلص اليه من عدم اتمام اجراءات الانضمام للطائفة الانجيلية ، الى ان مجلس الكنيسة قرر ابطال شهادة الانضمام التى قدمها الطاعن (الزوج) للتدليل على انتمائه للطائفة المذكورة ، وهى دعامة تـكفى لحمل الحكم ، ولم تـكن محلّ تعييب مـن الطاعن ، ومن ثم فان النعى على الحكم لاستناده فى هذا الخصوص الى أن رئيس الطائفة لم يعتمد شهادة الانضمام ـ ايام كان وجه الراى فيـه ـ يكون نعيا غير منتج .

نقض ٤١/٥ ق (٧٣/٤/١١) س ٢٤ ص ٥٩٢

□■□

(المبدأ ١٧) : اقامة الحكم على دعامة كافية لحملْ قضائه .

متى كان الحكم المطعون فيه ـ الذى قضى بتطليق الطعون عليها من الطاعن ـ قد اقام قضاءه على ثبوت الضرر الحاصلَ من الضرب والايذاء ، وكانت هذه الدعامة قد استقامت وتكفى وحدها لحمل الحكم ، فان النعى على الحكم فيمـا أورده من أن شك الزوج فى زوجته لعلاقتها بابن عمهـا يعتبر ضررا يجيز تطليقهـا ـ هـذا النعى ، على فرض صحتـه ، يكون غير منتج .

نقض ٣٨/٢٦ق (٧١/١١/١٧) س ٢٢ ص ٩١٧

□■□

(المبدا ١٨) : الحكم باعتبـار الدعوى كان لم تكن يزول اثره باعادة القضية الى الرول فلا يجوز استئنافه .

نص المادة (٢٨٤) وان جاء ذكرها فى فصل الأحكام الغيابية الا أنهـا نصت على انه : لا يصح التمسك بالحكم او القرار الصـادر حال الغيبـة الا بعـد انفضاض الجلسة التى صدر فيهـا ، وهو نص عام يشمل جميع الأحكام التى تصدر فى غيبة المحكوم عليـه سواء منها ما صدر بعد اثبـات الدعوى فى مواجهته أ واقراره بوقائعها وما صدر بعد اثباتها فى غيبته وكون الحكم يعتبر غيابيا او حضوريا لا يغير هذه الحقيقة ــ وهو انه صدر حال الغيبة وعليه يكون الحكم الذى اعتبر كأن لم يكن لاعادة القضية الى الرول لا وجود له ــ وقد زال اثره فلا يجوز استئنافه .

٤٠/٢٧٨ ك س مصر (٤١/٣/٢) م ش ٨١/٧/١٢

□■□

(المبدا ١٩) : ما يصح قرينة على بطلان الحكم الغيابى .

الحكم الغيابى الصادر بنفقة الزوجة على زوجها اذا مضت عليه مدة طويلة ثم نفذته الزوجة بعد وفاة زوجها ورزقها منه بأولاد وصـدور حكم آخر بنفقة لها ولأولادها وقيام خصومات بينهما وبين زوجته الثـانية كان ذلك قرينة قاطعة على بطلانه ودليلا على الكيد .

٣٧/١١٦٢ كفر الزيات (٣٩/١/٢٤) م ش ٥٩/٣/١١

□■□

(المبدا ٢٠) : ذكر سبب للحكم هـو غلط فى الواقع لا يرفع الواقع ولا يغير من الحقيقة شيئا ولا تأثير لذكر السبب الغلط بدل السبب الصحيح متى كان الحكم قد بنى فى الواقع على سبب صحيح .

الغلط فى ذكر سبب لحكم غير السـبب الحقيقى الذى انبنى عليـه لا يقتضى خطأ الحكم متى كان الحكم مبنيـا على سبب صحيح ولم يتبين ما ينـافيه لأن ذكر سـبب هو غلط غـير الواقع الحقيقى لا يرفع الواقع ولا يغير من الحقيقـة شـيئا ولا تأثير لذكر السبب الغلط بدل السـبب الصحيح فى صحة الحكم متى كان قد بنى الحكم فى الواقع ونفس الأمر على سبب صحيح غير السبب الذى ذكر غلطا .

٣٢/٢٤٦٩ الجمالية (٣٣/١١/١٢) ت س م ش ٨٣/١٠

(المبدا ٢١) : بحسب قاضي الموضوع ان يبين الحقيقة التى اقتنع بها .

بحسب قاضي الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وان يذكر دليلا وان يقيم قضاءه على اسباب سائغة تكفي لحمله وما عليه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه فى مرافعاتهم ما دام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات .

نقض ٣٩/٢٦ ق (٧٣/١٢/٥) س ١٢٣٧/٢٤

□■□

(المبدا ٢٢) : حيازة الحكم لقوة الشيء المحكوم فيه مانعة من قبول الدعوى بعده متى اتحد الخصوم وصفاتهم والموضوع والطلبات وسبب الحق المدعى به وكان الحكم السابق قد مس الحق المدعى وفصل فى الموضوع ... الخ .

من المقرر قانونا أن الحق ثابت فيه متى فصل فى موضوعه قضائيا فلا يجوز اعدة نظره والفصل فيه ثانية ضمن دعوى أخرى لأن الحكم الصادر فى الدعوى الأولى قد حاز قوة الشيء المحكوم به ويشترط لتحقق المنع ما يأتى : (أولا) : أن يتحد فى الدعويين وهى الأولى المحكوم فيها والثانية المطلوب سماعها ما يأتى (١) الخصوم وصفاتهم ، (٢) والموضوع ، (٣) والطلبات ، (٤) وسبب الحق المدعى به ، (ثانيا) : أن يكون الحكم فى الدعوى الأولى قد مس الحق المتنازع فيه وفصل فى موضوعه فصلا باتا ، فخرج بذلك الأحكام التمهيدية والتحضيرية والوقتية الى آخره . (ثالثا) : أن يكون الفصل السابق من محكمة مختصة . فان كان من محكمة غير مختصة لم يمنع من اعادة نظر الدعوى ثانيا أمام المحكمة المختصة ولذلك اذا تخلف شرط من باقي الشروط لم يكن هناك مانع من اعادة نظر الدعوى ثانيا ، فلو اختلف الخصوم فلا مانع من اعادة نظر الدعوى مرة ثانية عملا بالمبدأ القانوني المذكور ـ والنظرة الأولى فى قانون المحاكم الشرعية تؤيد هذا المبدأ فقد أجاز هذا القانون الطعن فى الحكم ممن يتعدى اليه غير المحكوم عليه مباشرة والطاعن مخير اما أن يقدم طعنه بطريق الاستئناف أو بطريق رفع دعوى مبتدأة أمام محكمة الدرجة الأولى .

٢٩/٢٢٢ ك مصر (٣٣/٣/٢٨) م ش ٦٤٥/٦

(المبدأ ٢٣) : الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية ، لا تكون الا للأحكام التى تنشىء الحالة المدنية .

انه وان كان الاعلام الشرعى تدفع حجيته وفقا للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم يصدر من المحكمة المختصة ، الا ان الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية ، وعلى ما جرى به قضاء النقض ، لا تكون الا للأحكام التى تنشىء الحالة المدنية ، لا تلك التى تكون حجيتها نسبية قاصرة على أطرافها لا تتعداهم الى الغير .

نقض ٤٣/٣ ق (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٢٤) : قوة الأمر المقضى ــ اثرها .

القضاء نهائيا بعدم سماع دعوى استحقاق المطعون عليه الأول حصته فى الوقف الأصلى لمضى المدة . الدعوى بتفسير شرط الواقف بما يفيد استحقاق المطعون عليه الأول لهذه الحصة . اتحاد الدعويين خصوما ومحلا وسببا . عدم جواز معاودة طرح ذات النزاع أمام المحكمة مرة أخرى .

نقض ٤٤/٢٢ ق (٧٦/٤/١٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٢٥) : حجية الأحكام نسبية .

الأصل فى حجية الأحكام انها نسبية لا يضار ولا يفيد منها غير الخصوم الحقيقيين ، ومن ثم فلا محل لتعييب الحكم اذ قضى برفض دعوى المطعون عليه الثالث واخوته وبعدم استحقاقهم فى الوقف ، لأن هذا القضاء تقتصر حجيته على هؤلاء الخصوم وحدهم ، ولا يؤثر على حق الطاعن فيما يطلبه من استحقاق .

نقض ٣٨/١٢ ق (٧٢/٤/١٩) س ٢٣ ص ٧٣٢

□■□

(المبدأ ٢٦) : احكام النفقة ــ حجيتها .

الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة ــ وعلى ماجرى به قضاء النقض ــ انها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتعديل ، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغير دواعيها .

نقض ٤٠/٤ ق (١٩٧٢/٥/٢٤) س ٢٣ ص ١٠٠٤

(المبدأ ٢٧) : الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة ـ يرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الاسقاط .

الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الاسقاط بسبب تغيير دواعيها ، فاذا كان الثابت من الأوراق انه مع اعتناق الزوج الطاعن الاسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى ، وجود فيما جاوز مدة السنة بعد ايقاع الطلاق وكان الثابت أيضا أن المطعون عليها (الزوجة) قد استوفت حقها فى هذا الخصوص فانه لا يكون لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالفة الذكر كسبب لطلبها التعويض عن طلاقها ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر ان ايقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى اسقاط حكم النفقة فانه يكون قد خالف القانون .

نقض ٢٦/٥٣٢ ق (٦٣/١/٣٠) س ١٤ ص ١٨٩

□■□

(المبدأ ٢٨) : حجية احكام النفقة مؤقتة .

أحكام النفقة ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغيير الظروف .

نقض ٤٠/٢٦ ق (٧٤/٣/١٣) س ٢٥

□■□

(المبدأ ٢٩) : الحكم الصادر فى النزاع القائم على نفقة ـ طبيعته .

الحكم الصادر فى النزاع القائم على النفقة هو بطبيعته حكم مؤقت يزول أثره متى زالت دواعيه ، ذلك لأن النفقة تقدر بحسب الحاجة ولها مقوماتها القانونية فاذا زالت هذه المقومات سقط الحق فيه . واذن فمتى صدر حكم بالنفقة على أساس قيام الزوجية بين طرفى النزاع فانه يصح القضاء بعدئذ بالكف عن المطالبة بها متى انحلت عقدتها بالطلاق وانقضت سنة من تاريخ هذا الطلاق .

نقض ٢٥/٤ ق (٥٦/٢/٢٥) س ٧ ص ٣٠

□■□

(المبدأ ٣٠) : قوة الشيء المحكوم فيه كما تكون من منطوق الحكم تكون من أسبابه المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق .

أسباب الحكم على نوعين (الأول) : وهو الأصل فى الأسباب أن تكون لتفسير المنطوق وتحديد معنى العبارات الواردة فيه فهى عرضية بعيدة عن المنطوق وليست الا رايا للقاضى فى مسالة قانونية او فى تقدير بعض الوقائع أو بعض الظروف المتبعة فى الدعوى وهذا النوع مهما توسع فيه القاضى لا يصل الى درجة اعتباره قضاء فى الوعوى لأن بيان القاضى أو الفروض التى يفترضها ليست حكما فى الدعوى فلا تحوز مثل هذه الأسباب قوة الشيء المحكوم فيه ، (الثانى) : وهو نوع يرتبط ارتباطا وثيقا بالمنطوق لدرجة انه يمكن اعتبار الأسباب مشتركة مع المنطوق ومميزات هذا النوع أنه يتعلق بالموضوع كأساس له ولا تقوم للمنطوق قائمة الا به حتى ليصعب التمييز بينهما فهى جزء لا ينفصل منه كأن يحيل المنطوق فى بيان وتعيين الطلبات تفصيلا الى ما ورد فى الأسباب ـ ومثال هذا النوع ما اذا كان الحكم لم يشمل فى منطوقه الحكم بصحة ورقة كانت موضوع طعن الا أن الأسباب تناولت البحث فى صحة الورقة وصرح فيها بصحتها بعد بيان ما أجرته المحكمة عن عملية المضاهاة فتصير هذه الأسباب جزءا متصلا بالمنطوق ومتمما له وفاصلا فى أمر الورقة وتحوز هذه الأسباب قوة الشيء المحكوم فيه .

٣٣/٢٥ ك مصر (٣٤/٣/٦) م ش ٦٦٤/٦

□■□

(المبدأ ٣١) : استصدار الزوجة حكما بالنفقة على زوجها مع قيام حكم آخر يعتبر تنازلا منها عن الحكم الأول .

استصدار الزوجة حكما بالنفقة على زوجها مع قيام حكم آخر بنفقتها عليه يعتبر تنازلا منها عن الحكم الأول ودليلا على عدم تمسكها به فللمحكوم عليه حق طلب منعها من المطالبة المقررة به وتكون دعواه بهذه الصفة مسموعة شرعا .

٣٧/١٩٥٤ ك س مصر (٣٨/٥/٢٦) م ش٩/٩١٥

□■□

(المبدأ ٣٢) : حجية الأحكام قاصرة على اطراف الخصومة .

حجية الأحكام تقتصر على أطراف الخصومة فيها ولا تتعداهم الى

الخارجين عنها ، وفى ضوء هذا الأصل الوضعى نصت المادة ٣٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن : « كل حكم يكون متعديا لغير المحكوم عليه مباشرة يجوز لغير المحكوم عليه أن يطعن فيه » وفى نطاق هـذه المادة قبل الغائها جرت المحاكم الشرعية على أن المستحق فى الوقف لا يعتبر ممثلا فى الخصومة ولا طرفا فيها اذا لم يخاصم بنفسه أو بوكيله او بوصيه ،والحكم الصادر فيا لا يكون حجة عليه .

نقض ٣/٣٥ ق (٣/١/٧٣) س ٢٤ ص ٢١

□■□

(المبدا ٣٣) : الأحكام لا تكون حجة الا على من كان خصما فيها .

الأحكام لا تكون حجة الا على من كان خصما فيها فلا يصح التمسك بحكم لم يستفد المتمسك به حقا معينا ما دام انه لم يكن ممثلا فى الخصومة فيـه .

١٦٦/٣٦ ك مصر (٢٥/٥/٣٨) ت س م ش ١٠/١٤٨

□■□

(المبدا ٣٤) : من لم يكن طرفا فى الحكم لا بنفسه ولا نيـابة عن غيره لا يكون له حق استئنافه .

من لم يكن طرفا فى الحكم لا بنفسـه ولا بالنيابة عن غيره ليس له حق استئنافه وليس له الا طريق رفع الدعوى بما يدعى ـ استثنى من هـذه القاعدة من يتعدى اليه الحكم بتسويغ الطعن له فيه وقبوله منه .

١٦٦/٣٦ ك مصر (٢٥/٥/٣٨) ت س م ش ١٠/١٤٨

□■□

(المبدا ٣٥) : من سلك طريق الطعن فى الحكم لتعديه اليه ليس له ان يضيف اليه طلب الحكم بما يدعيه .

ليس لمن سلك طريق الطعن فى الحكم لتعديه اليه أن يضيف اليه طلب الحكم بما يدعيه من حق ، لأن هـذا طريق رفع الدعوى . كمـا يمتنع على الطاعن فى الحكم لتعديه اليـه أن يطلب فى الطعن الحكم بما يدعيـه فكذلك ليس لمن رفع الدعوى بحقه ان يطلب فيها ازالة أثر الحكم الذى تعدى اليه

اذ لكل آثاره ونتائجه الخاصة به .

٣٦/١٦٦ ك مصر (٣١/٥/٢٥) ت س م ش ١٠/١٤٨

□■□

(المبدأ ٣٦) : العبرة بمنطوق الأحكام .

العبرة بمنطوق الأحكام والمنطوق هـو الذى يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لا غيره وهو الذى ينفذ ويلزم طرفى الخصومة .

٤٦/٢٢ ك اسيوط (٤٩/١/١٦) ت س م ش ٢١/٦٥

□■□

(المبدأ ٣٧) : الأحكام تنصب على ما طلب الحكم به دون سواه .

الأحكام تنصب على ما طلب الحكم به دون سـواه ، فاذا كان منطوق الحكم حكمنا للمدعى على المدعى عليهـا بمنع التعرض له بالأحكام المذكورة وكانت وقائع الحكم وأسباب تعين أن المراد بالكف عنه هو أجرة المسكن كانت المقررات الأخرى لا تزال باقية لا يؤثر فى ذلك عدم الحكم .

٥٠/٥٨٤ ز س مصر (٥٠/٦/١٩) م ش ٢٢/٦٧

□■□

(المبدأ ٣٨) : يستنـد الحكم الى ما كان طريقا لصدوره من ادلتـه لا الى وقت الدعوى .

لا وجه للقول بأن الحكم انما يستند لوقت الادعاء لأن الأحكام تستند الى ما كان طريقا لها وقت ادلة الحكم المعارض فيه فى يوم صدوره .

٣١/٢١٣ كوم حمادة (٣٢/٩/٢٦) م ش ٦/٩٦٣

□■□

(المبدأ ٣٩) : يفصل القاضى فيما يطلبه الخصوم .

القاضى انما يفصل فيما يقدم اليه من طلبات المتقاضين فاذا حكم بشيء لم يطلب منه كان الحكم باطلا .

٣٠/٢٤٩٦ السيدة (٣١/١٠/١٢) م ش ١٠/٣٥٦

(المبدأ ٤٠) : اعادة الدعوى للمرافعة بعد حجزها للحكم ـ وجوب دعوة طرفيهما باعلانهما قانونا الا اذا حضرا وقت النطق بالقرار . لا يغنى عن ذلك قرار المحكمة باعتبار النطق به اعلانا للخصوم .

المقرر فى قضاء النقض أنه متى انعقدت الخصومة باعلان الخصوم على الوجه المنصوص عليه فى قانون المرافعات واستوفى كل خصم دفاعه وحجزت المحكمة الدعوى للحكم ، انقطعت صلة الخصوم بها ولم يبق لهم اتصال بها الا بالقدر الذى تصرح به المحكمة وتصبح الدعوى فى هذه المرحلة ـ مرحلة المداولة واصدار الحكم ـ بين يدى المحكمة لبحثها والمداولة فيها ، فاذا بدا لها بعدئذ أن تعيد الدعوى الى المرافعة استئنافا للسير فيها تحتم دعوة طرفيها للاتصال بها باعلانهما قانونا الا اذا حضرا وقت النطق بالقرار ، وانه لا يغنى عن اعلان الغائب أن تقرر المحكمة اعتبار النطق بقرارها اعلانا له .

نقض ١١٦٦/٤٧ ق س٣١ ص٥٤٤ ح١

□■□

(المبدأ ٤١) : قضايا تسليم الصغير لأمه يجب فيها النفاذ المؤقت .

قضايا تسليم الصغير لأمه مما يجب فيه النفاذ المؤقت طبقا للمادة ٣٥٣ من اللائحة .

١٠٧٩/٣٧ (١٤/٣/٣٨) م ش ٣٦٥/١٠

□■□

(المبدأ ٤٢) : حكم الطاعة النهائى مبطل من تاريخه للحكم الصادر باجرة المسكن .

وحيث أنه قد حكم على المستأنف عليهما بالطاعة نهائيا فلا حق لها حينئذ فى أجرة المسكن من تاريخ الحكم بالطاعة ويكون الحكم المستأنف فى غير محله ويتعين نقضه والحكم له عليهما بسقوط أجرة المسكن المقررة من تاريخ صدور حكم الطاعة .

٢٥٣٤/٣٠ ك س مصر (٩/١٢/٣١) م ش ٦٤٢/٣

□■□

(المبدأ ٤٣) : يلغى الحكم المبنى على شهادة الشهود اذ لم تسمعها الهيئة الحاكمة .

اجمع الفقهاء على أن الشهادة فى مكانها شرط واحد هو مجلس القاضى أى القاضى الذى يصدر الحكم ، أما القاضى الذى سمعها ولم يحكم بها فهو ليس بصاحب هذا الوصف أى وصف القاضى . قال فى البدائع (واما الذى يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضى لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضى فتختص بمجلس القضاء ص ٢٧٧ جزء ٦) والعلة فى هذا وردت فى كلام ابن عابدين جزء ٤ ص ٥١٧ (شرط القضاء الشهادة الصادقة فى زعم القاضى) فالقاضى الذى يحكم هو الذى يقوم فى زعمه صدق الشاهد، والشاهد بحسب تعريفه هو من يؤدى للقاضى ، واداؤه للقاضى من القاء وموقف ونطق وترتيب ومظهر ... الخ . كل هذه أمور تتدخل فى تكوين القاضى لزعمه صدق الشاهد أو كذبه فيفوت هذا المعنى على غير من لم يسمع او يشهد الأداء ولذلك صرحت كتب المذهب بأن كتاب القاضى الى القاضى وهو نقل الشهادة وكذلك الشهادة على الشهادة كلا الأمرين منقول على خلاف القياس للضرورة وقبولهما مقيد بشروط تضغط هذه الضرورة ، وما لا ضرورة فيه هو على اصل القضاء لا يقبل بخلافه وبذلك صرحت كتب المذهب فقد ذكر ابن عابدين جزء ٤ ص ٤٧٩ أن القاضى حين يولى ينظر فى حال المحبوسين ويسأل عن سبب حبسهم قال (لا بد ان يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثانى فى حبسهم) وفى الأنقروية جزء ١ ص ٣٣٨ صرح بعدم صحة القضاء من القاضى اذا لم يسمع هو الشهادة ، بل أكثر من هذا ما ذكره فى فتح القدير من كتاب القاضى الى القاضى جزء ٥ ص ٤٨٤ (لو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم ثم يحكم عليه بتلك الشهادة التى سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعى شهادته لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادته) ، فتراه مع أن القاضى واحد والشهود هم الذين سمع شهادتهم اوجب سماع الشهادة مرة أخرى للقضاء بها . وأوضح من هذا ما نقله فى المهدية عن الهندية جزء ٣ ص ٣٠٤ ; اذا قامت البينة بحق عنده لانسان على انسان فقبل أن يقضى بها ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فرفعت اليه تلك الخصومة فان المدعى يكلف اعادة البينة وفى ص ٣٠٥ منه (اذا عزل بعد سماع الشادة فان غيره يستانف) أى يستانف سماعها كما هو صريح ما نقله عن البا ب الثالث عشر من الهندية بأن ما وجد فى ديوان القاضى من بينة لا يعمل بها حتى يستقبل الخصومة عنده الى غير ذلك من النصوص الصريحة فى أن القاضى الحاكم هو القاضى الذى يتصل بأسباب الحكم مادام السبب لا ضرورة تلجىء لابعاده عنه كما فى كتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة .

٣٣/٧٥ العليا (٣٤/٥/٢٨) م ش ٥/٦٥٨

□■□

(المبدا ٤٤) : الجلسة تبدا من وقت افتتاحها وتنتهى بنظر جميع القضايا المعروضة فيها .

مما لاشك فيه أن الجلسة هى التى تبتدىء منوقت افتتاحها بنظر جميع القضايا المعروضة فيها وليس المراد بالجلسة الوقت الذى نظرت فيه قضية الخصم الذى غاب ويؤيد ذلك ما جاء فى المذكرة التفسيرية من ان الخصم الذى يكون غائبا حال صدور الحكم لا يعد غائبا عن الجلسة بل متأخرا فقط عن ميعاد الحضور ولايعتبر غائبا الا بعد انتهاء الجلسة .

٤٠/٢٧٨ س ك مصر (٤١/٣/٢) م ش ٨١/٨/١٢

□■□

(المبدا ٤٥) : الحكم بالنفقة اذا ايدته محكمة الاستئناف او عدلته فان التاييد والتعديل يستند الى تاريخ صدور الحكم المستانف .

الحكم بالنفقة اذا ايدته محكمة الاستئناف أو عدلته ، فان التأييد أو التعديل انما يستندان الى تاريخ صدور المستأنف — وليس مثبتا حكما جديدا مماثلا لما حكم به أولا .

٣٩/٤٠٥٦ ك س مصر (٤١/١٠/٣٠) م ش ٥٥/١/١٣

□■□

(المبدا ٤٦): تاييد الحكم مقرر حجية الحكم المستانف .

تأييد الحكم مقرر حجية الحكم المستانف وليس مثبتا حكما جديدا مماثلا لما حكم به اولا .

٣٩/٤٠٥٦ س ك مصر (٤١/١٠/٣٠) م ش ٥٧/١/١٣

□■□

(المبدا ٤٧) : يصح أن يكون حكم الطاعة مشمولا بالنفاذ المؤقت فى بعض الأحوال المستعجلة .

يصح أن يكون حكم الطاعة مشمولا بالنفاذ المؤقت فى الأحوال المستوجبة للاستعمال كما اذا أصرت الزجة على معاشرة رجل حكم قضائيا ببطلان زواجها منه فان هذا منكر تجب ازالته فورا ديانة وقضاء .

٤٤/١٠٦٦ نجع حمادى (٤٥/٤/٩) م ش ٥١/١٧

(المبدا ٤٨) : هل للمحاكم الشرعية ان تطبق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين ؟

المحاكم الشرعية اذا رفعت اليها خصومة بين زوجين غير مسلمين وكان من اختصاصها الفصل فيها فانه مفروض فى هذه الحالة أن تحكم فى هذه الخصومة طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية لأن المادة (٢٨٠) من قانون المحاكم الشرعية قضت بأن تصدر أحكام المحاكم الشرعية طبقا لأرجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون آخر على قواعد خاصة فيجب فيها ان تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد ، وقد نص منشور وزارة العدل رقم ١٨ فى ٣١/٦/٣ على أن المحاكم الشرعية تفصل فى دعاوى الطلاق التى ترفع اليها من غير المسلمين على وفق المنهج الشرعى مع مراعاة ما نص عليه فى المادة (٩٩) من قانون المحاكم الشرعية.

٤١/١٢٩٨ ك س مصر (٤٢/١٠/٣١) م ش ١٤/١/٦٧

□■□

(المبدا ٤٩) : القاضى المقلد لا يحكم الا بما هو ظاهر المذهب الراجح.

القاضى المقلد ليس له أن يحكم الا بما هو ظاهر المذهب الراجح ، فاذا ما خالف كان معزولا ولا ينفذ حكمه — وليس له القضاء برأيه فيما لم يجد فيه نصا .

٣٦/١٥٧٦ الجمالية (٣٤/٥/٢) م ش ٦/١٧٨٠

□■□

(المبدا ٥٠) : القضاء الشرعى نوعا نقضاء قولى وقضاء فعلى وقد خصصت اللائحة كل نوع من هذين النوعين بمحكمة خاصة (المحكمة القضائية للقضاء القولى وهيئة التصرفات للقضاء الفعلى) كما بينت اختصاص كل من المحكمتين .

حيث ان لائحة المحاكم الشرعية قسمت القضاء الكلى الى نوعين مختلفين نوع قضائى تسمع فيه الموافقات والبيانات وتصدر فيه أحكام ونوع عملى وهو التصرف فى الأوقاف وخصصت كل نوع من هذين النوعين بمحكمة خاصة (المحكمة القضائية وهيئة التصرفات) وبينت اختصاص كل محكمة من هاتين المحكمتين فى الباب الثانى من الكتاب الثانى والباب الرابع من الكتاب الثالث وبناء على تنوع هذا الاختصاص لا يجوز لمحكمة

التصرفات أن تنظر عملا من اعمال المحكمة القضائية ولا للمحكمة القضائية ان تنظر عملا من أعمال محكمة التصرفات .

١٣٨/٣٦ العليا (٣٧/٩/٢٧) م ش ٩/٢٠٥

□■□

(المبدا ٥١) : ليس للمحكمة الابتدائية بعد ما قررت كفاية ما قدم من المستندات مسوغا لسماع الدعوى ان تعدل عنه الى عدم تقرير كفايته بل أن ذلك من حق المحكمة الاستئنافية .

حيث أن القرار مما يجوز استئنافه وهو غير صحيح لأن المحكمة قد قررت أولا كفاية ما قدم مسوغا لسماع الدعوى فلا تملك بعد ذلك الرجوع عنه وتقرير عدم كفايته فان هذا من حق محكمة الدرجة الثانية .

٩٧/٣٥ العليا (٣٧/١/٤) م ش ٩/٢٠٢

□■□

(المبدا ٥٢) : حجية الأحكام فيما فصلت فيه من الحقوق .

ان الأحكام التى حازت قوة الشىء المحكوم فيه لا تكون حجة فيما فصلت من الحقوق الا فى نزاع جديد قام بين الخصوم انفسهم دون أن تتغير صفاتهم وكان هذا النزاع متعلقا بذات الحق المقضى به موضوعا وسببا فاذا اختلف الخصوم أو تغيرت صفاتهم أو اختلف الادعاء الجديد مع ما سبق الفصل فيه موضوعا أو سببه لم يكن لتلك الأحكام حجية فى عدم قبوله .

٩٨/٥٠ العليا (٥١/٢/١٨) م ش ١٥٩/٢٢

□■□

(المبدا ٥٣) : مجرد الحكم استئنافيا يجعل الحكم واجب النفاذ .

مجرد الحكم استئنافيا فى الموضوع يجعل الحكم واجب النفاذ ان لم يكن مشمولا بالنفاذ فلا داعى لعرض محكمة الاستئناف لرفض المحكمة الجزئية شمول الحكم بالنفاذ اذا رات تأييده فيما عداه لأنه يعتبر بالتأييد مشمولا بالنفاذ .

ق ١٠٧٩/٢٧ س ت مصر (٣٠/٢/١٤) م ش ٣٦٥/١٠

(المبدأ ٥٤) : طلب براء الذمة عن مدة حكم بها نهائيا لا يسمع لأنه طعن فى حكم نهائى من غير طريقه القانونى .

ثبت من الأوراق ان حكم النفقة الذى تجمد بمقتضاه المبلغ المطلوب براءة ذمة المدعى منه اسونف من الطرفين وقررت محكمة الاستئناف تعديله بالزيادة . ومن حيث انه يستفاد من هذا الحكم النهائى أن المحكوم لها تستحق متجمد النفقة على المستأنف عليه — وبمقتضاه صار متجمد النفقة فى المدة المذكورة بالدعوى مفصولا فيه نهائيا وحائزا لقوة الشىء المحكوم فيه — فلا يملك المحكوم عليه بعد ذلك الطعن فيه بأى وجه من أوجه الطعن بأسباب سابقة على صدوره — ومن حيث أن وقائع هذه الدعوى تعتبر طعنا فى حكم بالنسبة لهذا المتجمد من غير طريقه القانونى .

٣٥/٧٨٦ ك س مصر (٣١/٣/١٩) م ش ١٧٥/٨

□■□

(المبدأ ٥٥) : الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة اذ يرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الاسقاط بسبب تغيير دواعيها بقاء هذه الحجية ما لم يحصل تغيير مادى او قانونى فى مركز الطرفين .

الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة انها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغيير الظروف كما يرد عليها الاسقاط بسبب تغيير دواعيها . الا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض عملا بالمادة ٤٢٦ مرافعات .

نقض ٢٨/٢ ق (٦٠/١٠/٢٧) س ٥٤٠/١١

□■□

(المبدأ ٥٦) : خلو الحكم — فى دعوى استئنافية من دعاوى الأحوال الشخصية من بيان رأى النيابة — بطلان الحكم . ولا يغنى عن ذلك اشارته الى راى النيابة فى مرحلة الدعوى الابتدائية .

متى كان يبين من الحكم أنه خلا من ذكر رأى النيابة العامة فى دعوى استئنافية من دعاوى الاحوال الشخصية فان الحكم يكون باطلا ـ ولا يغنى عن هذا البيان اشارة الحكم الى رأى النيابة فى مرحلة الدعوى الابتدائية .

نقض ٨/٢٦ ق (٥٧/١/٢٤) س ١١٢/٨

□■□

(المبدأ ٥٧) : الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ـ عدم جواز الطعن بالنقض فيه بسبب أغفاله ذكر أسم عضو النيابة ولعدم بيان رأى النيابة فى الدعوى .

اذا كان الحكم صادرا من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فانه لايجوز الطعن فيه أمام محكمة النقض لاغفاله ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية فى جميع مراحل الدعوى لعدم بيانه رأى النيابة فيها لخروج هذا السبب عن الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٤٢٥ مكررا من قانون المرافعات .

نقض ٢٦/٤٤ ق (٥٨/٢/٦٧) س٨/٦٦٠

□■□

(المبدأ ٥٨) : الحكم الصادر من المحكمة الشرعية بمنع التعرض فى التركة تأسيسا على ثبوت وراثة المدعى المبنى على النسب ، حكم موضوعى بالوراثة .

المقرر فى قضاء النقض أن الحكم الصادر من المحكمة الشرعية بمنع التعرض فى التركة اذا كان مؤسسا على ما قضى به من ثبوت الارث المبنى على النسب يعتبر حكما موضوعيا بالوراثة الا أنه يتعين للقول بأن هذا الحكم يمنع من اعادة نظر النزاع فى دعوى جديدة أن تكون المسألة المعروضة واحدة فى الدعويين وأن يكون الطرفان قد تناقشا فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بالحكم الأول وتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه بعد فى الدعوى الثانية اى الطرفين قبل الآخر من حقوق متفرعة عنها ، وينبنى على ذلك أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن ان يكون موضوعا لحكم حائز لقوة الأمر المقضى .

نقض ٤٤/٢١ ق (ج ٧٦/٤/٧) س ٢٧

(المبدا ٦٤) : مناط حجية الحكم

مناط الحجيـــة التى تثبت للأحــكام ان تــكون قد فصلت فى حق من الحقوق كليا او جزئيا فصلا جازما غير معلق على احتمال ثبوت امر آخر ، اذ لا يبنى القضاء على فروض .

نقض ٤٥/١٨ ق　　　　س ٣١ ص ٢٨٧ ج ١

□■□

(المبدا ٦٠) : حجية الحكم اثرها .

من المقرر انه متىصدر الحكم وحاز قوة الامر المقضى فانه يمنعالخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم من العودة الى المناقشة فى المســألة التى فصل فيها بأى دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها.

نقض ٤٧/٩٤٤ ق　　　　س ٣١ ص ٢٦١ ج ١

□■□

(المبدا ٦١) : اذا حاز الحكم قوة الأمر المقضى فى مسالة أولية ، وجب التنفيذ بهذه الحجية .

من المقرر انه اذا صدر حكم حائز قوة الأمر المقضى بثبوت أو نفى حق فى دعوى سابقة على مسالة أولية فان الحكم يحوز الحجية فى تلك المسألة بين الخصوم أنفسهم ويمنعهم من التنازع بطريق الدعوى أو الدفع فى شأن أى حق آخر يتوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت أو نفى تلك المسألة الاساسية السابق الفصل فيها بين هؤلاء الخصوم انفسهم .

نقض ٤٣/١٩ ق　　　　س ٣١ ص ٣١٣ ج ١

□■□

(المبدا ٦٢) :

الحكم النهائى برفض طلب ضم الصغيرة لوالدها لحاجتها الى خدمة النساء ، مخالفة الحــكم المطعــون فيه لحجية ذلك الحكم رغم عدم تغــير الظروف ، جواز الطعن فيـــه بطريق النقض ولو كان صـــادرا من محكمـــة ابتدائية ، بهيئة استئنافية .

اذا كان يبين من الحكم السابق ان المطعون عليه اقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة اليه لبلوغها اقصى سن الحضانة ، وانها استغنت عن خدمة النساء ، فقضى الحكم برفض الدعوى استنادا الى أنه ثبت من الكشوف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللاارادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه الى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم وانما استند الى مجرد اهدار الدليل الذى اقام الحكم السابق قضاءه عليه دون أن تتغير الدواعى والظروف التى ادت الى اصداره ، فانه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم انفسهم وتعلق بذات الحق الحق محلا وسببا وحاز قوة الامر المقضى ، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملا بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات .

نقض ٤٩/٦٩ ق　　　　س ٣١ ص ١٢٧٠ ج ١

□■□

(المبدأ ٦٣) : المحكمة ليست ملزمة بتعقب كل ما يقدمه الخصوم .

النعى على الحكم بانه لم يرد على نتيجة تحليل فصائل الدم مردود بأن المحكمة ليست ملزمة بتعقب كل ما يقدمه الخصوم اليها من مستندات.

نقض ٤٤/٦ ق (٧٦/١/٧)　　　　س ٢٧

□■□

(المبدأ ٦٤) : حجية حكم النفقة فى موضوع النسب ـ شرطه .

الأصل فى الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائما فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة ولا تتجه الى المدعى عليه الا به فيكون فيها ملازما لها وتتبعه وجودا وعدما ، اخذا بأن سبب وجوب نفقة الولاد هى الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل ، الا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة فى موضوع النسب أن يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام بها ـ لما كان ذلك الحكم الصادر بنفقة الصغير قد صدر فى غيبة المطعون عليه ، بنى قضاءه بنفقة للصغير على أساس القدرة المالية للمدعى عليه فيها مبينا القاعدة العامة شرائطها فى نفقة الفروع على الأصول وفقا للقانون الواجب التطبيق دون أن يبحث انعقاد الزوجية التى تدعيها الطاعنة ومدى ثبوت

نسب الصغير بالفراش ، وكان لا حجية لحكم قضى بالنفقة دون أن يناقش فعلا وواقعا ــ وليس ضمنا أو قانونا ــ قرابة المحكوم عليه للمحكوم له فى صدد القرابة والنسب .

نقض ٣٩/٢٩ ق (٧٥/٢/٢٦) س ٢٦

□■□

(المبدا ٦٥) : المنع من اعادة النزاع ــ شرطه ــ ما لم تنظر فيه المحكمة لا يجوز قوة الأمر المقضى .

المقرر فى قضاء النقض ان المنع من اعادة نظر النزاع فى المسالة المقضى فيها يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة فى الدعويين ، ولا تتوفر هذه الوحدة الا أن تكون المسألة أساسية لا تتغير ، وأن يكون الطرفان قد ناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقرارا جامعا مانعا ، فتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعى به بالدعوى الثانية . وينبنى على ذلك أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز قوة الأمر المقضى .

نقض ٣٩/٢٩ ق (٧٥/٢/٢٦) س ٢٦

□■□

(المبدا ٦٦) : المنع من اعادة طرح النزاع فى المسالة المقضى بها . شرطه

المقرر فى قضاء النقض أن المنع من اعادة نظر النزاع فى المسالة المقضى فيها ، يشترط فيه ان تكون المسألةواحدة فى الدعوبين ، لا تتوافر هذه الوحدة الا أن تكون هذه المسالة اساسية لا تتغير ، وان يىون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقرارا جامعا مانعا ، وأن تكون هى بذاتها الأساس فيما يدعى به بالدعوى الثانية وينبنى على ذلك أن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز قوة الأمر المقضى .

نقض ٤٤/٧ ق (٧٥/١٢/٣١) س ٢٦

□■□

(المبدا ٦٧) : الحكم فى دعوى الطلاق بالرفض ــ عدم جواز نظر دعوى طلاق لاحقة بين ذات الخصوم مع اختلاف تاريخ واقعة الطلاق ــ خطأ .

اذا كان البين من الحكم المطعون فيه أن الحكم الصادر فى الدعوى الأولى بالرفض ـ دعوى طلاق بين ذات الخصوم ـ المؤيد استئنافيا كان بشأن طلاق ادعت الطاعنة أن المطعون عليه أوقعه عليها ثلاث مرات ، الثالثة منها فى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٢ ، فى حين أن النزاع الحالى يدور حول طلاق منسوب صدوره الى المطعون عليه بتطليقه للطاعنة ثلاث طلقات أولاها فى آخر يوليو سنة ١٩٦٢ والثانية فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٦٢ والثالثة فى ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٢ واذا اعتبر الحكم الطلقة المكملة للثلاث المحدد وقوعها فى الدعوى الأولى بآخر سبتمبر سنة ١٩٦٢ هى بعينها الطلقة الثالثة المثبت فى الاقرار صدورها بتاريخ ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٢ استنادا الى أن كلا من الطلقتين صدرت فى آخر ذلك الشهر ، مع أن هذين التاريخين مختلفان ، ورتب الحكم على ذلك عدم جواز نظر الدعوى الحالية لسبق الفصل فيها فى الدعوى الأولى فانه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه فساد فى الاستدلال .

نقض ٢٠/٣٧ ق (٧٣/٦/٢٧) س ٩٨٣/٢٤

□■□

(المبدأ ٦٨) : اقامة الحكم قضاء على ان الطلاق المتتابع الوارد فى الاقرار بالطلاق رجعى وان المتوفى قد راجع زوجته ـ كفاية ذلك ـ ولايعيبه ما استطرد بعد ذلك مما يستقيم الحكم بدونه .

اذا كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على أن الطلاق المتتابع الوارد فى الاقرار يعتبر طلاقا رجعيا وأن المتوفى قد راجع المطعون عليها واستمرت الزوجية قائمة بينهما حتى وفاته ، فان فى ذلك ما يكفى لاقامة الحكم على أساس سليم ، أما ما استطرد اليه الحكم بعد ذلك فنافلة من القول يستقيم الحكم بدونها .

٣٤/٢٨٩ ق (٦٠/٦/٢٣) س ٤٧١/١١

□■□

(المبدأ ٦٩) : يجب ان يكون الحكم مستكملا بذاته شروط صحته ـ عدم قبول تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التى يستلزمها القانون لصحته باى دليل غير مستمد منه .

يجب ان يكون الحكم مستكملا بذاته شروط صحته فلا يقبل تكملة

ما نقض فيه من البيانات الجوهرية التى يستلزمها القانون لصحته بأى دليل غير مستمد منه . فاذا اغفل الحكم ذكر اسم عضو النيابة الذى ابدى رأيه فى القضية فانه لا يغنى عن هذا البيان تقديم ورقة اخرى ولو كانت رسمية تفيد أن عضو النيابة الوارد اسمه فى ديباجة الحكم ضمن تشكيل الهيئة التى نظرت الدعوى او تلت الحكم هو بذاته الذى ابدى الرأى .

نقض ٢٩/٦ ق (٦١/٢/٢٥) س ٣١/١٢

□■□

(المبدأ ٧٠) : مخالفة الاجماع بعد ثبوت انتفاء شبهة المخالفة خطأ فى تطبيق القانون .

اذا خالف الحكم نص المادة ١١ فقرة اولى من قانون المواريث رقم ٧٧/ ١٩٤٣ التى تنص على أن « للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وان نزل » عملا بقوله تعالى فى سورة النساء [« ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد » بأن خص والدة المتوفاة ٨ط من ٢٤ ط تنقسم اليها التركة والأخت الشقيقة ١٢ و من ٢٤ ط من التركة ولم يحدد نصيبا للزوج ولم يفطن الى انه باحتساب فرض الزوج تعول المسألة ويكون نصيب الأم ٨ ط من ٣٢ ط تنقسم اليها التركة ، وليس من ٢٤ ط ، وترى على ذلك أن الحكم المذكور قد افتات على النصيب الشرعى للزوج فخرج على النص وما انتهى اليه الاجماع – حالة العول – بعد ثبوت انتفاء شبهة المخالفة عن ابن عباس بما ينقضه ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فحجب نفسه عن بحث ما يترتب على اهدار الحكم الابتدائى ، وبيان النصيب الشرعى ميراثا لأطراف الخصومة ، فانه يكون قد اخطأ تطبيق القانون بما يوجب نقضه .

نقض ٢٥٨/٤٠ ق (٧٥/٦/٢٣) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٧١) : الأصل فى تصحيح الأحكام ان يكون بالطرق المقررة فى القانون لا بدعوى مبتدأة ..

الأصل فى تصحيح الأحكام ان يكون بطرق الطعن المقرر فى القانون لا بدعوى مبتدأة ، والا انهارت قواعد الشىء المحكوم فيه واتخذ التصحيح تكأة للمساس بحجيتها ، واستثناء من هذا الأصل – وللتيسير – اجازت

المادة ٣٦٤ مرافعات قديم (١/١٩١ مرافعات جديد) تصحيح ما عساه يقع فى منطوق الحكم من اخطـاء مادية بحتة كتابية او حسابية بطلب من احـد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة ، كما أجازت المادة ٣٦٥ (٢/٢٩١ مرافعات جديد) الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح بطرق الطعن الجـائزة فى الحكم موضوع التصحيح .

نقض ٣٢/١٣ ق (٦٥/٣/٣) س ٢٥٣/١٦

□■□

(المبدأ ٧٢) : الحكم بتكييف اشهاد الوقف .

الحكم بتكييف الاشـهاد على انه وقف لا يعتبر من قبيل الأحكام التى تقرر الحالة القانونية او تنفيها والتى منها ما يسرى على الكافة .

نقض ٣٢/٢٦ ق (٦٦/٣/١٦) س ٥٩٩/١٧

□■□

(المبدأ ٧٣) : الحكم الصـادر فى دعوى تفسير شرط الواقف لا يعتبر حجة الا على من كان ممثلا فى الدعوى .

الحكم الصادر فى تفسير شرط الواقف لا يعتبر حجـة الا على من كان ممثلا فيها ولا يستفيد منه باقى المستحقين .

نقض ٢٨/٢٣ ق (٦١/٣/٣٠) س ٣٠١/١٢

□■□

(المبدأ ٧٤) : تخلف القـاضى الذى سمع المرافعـة عن جلسة النطق بالحكم ولم يحضر تلاوة الحكم لمـانع قهرى ـ وجوب اشراكه فى المـداولة وتوقيعه على مسودة الحكم .

مؤدى المواد ٣٣٩ ، ٣٤٢ ، ٣٤٩ من قانون المرافعات انه اذا تخلف احد القضاة الذين أصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به بسبب مانع قهرى، وجب ان يوقع على مسـودته المشتملة على منطوقه واسـبابه ، وحل غيره محله وقت النطق به ويتعين اثبات ذلك فى الحكم والا لحقه البطلان ، فاذا كان الثابت من الأوراق أن احد السادة المستشارين الذين سمعوا المرافعـة

فى الدعوى لم يحضر تلاوة الحكم وكان الحكم خلوا من بيـان انه اشترك فى المداولة ووقع على مسودته فانه يكون مشوبا بالبطلان مما يستوجب نقضه .

نقض ٣٠/٤٢ ق (٦٢/١٢/١٩) س ١١٥٠/١٣

□■□

(المبدأ ٧٥) : صدور قرار باطل فى موضوع دعوى حجر من محكمة اول درجة يخرج الدعوى من ولايتهـا ـ حق محكمة الاستئناف فى الغـاء القرار والفصل فى الموضوع .

اذا صدر قرار م ن محكمة أول درجة بتوقيع الحجر فانها تكون قـد استنفدت ولايتها على الدعوى ولا تملك اعادة النظر فيها ولو اعيدت اليهـا من محكمة الاستئناف . فاذا كانت المحكمة الاستئنافية قـد قضت ببطلان ذلك القرار وبرفض طلب الحجر كان هذا منها فصلا فى الموضوع المقضى فيه ابتدائيا اذ أن هذا الموضوع ليس من حالات التصـدى المقررة بالمادة ١٠٢٢ مرافعـات ، ولا يكون هناك محل للقول بوجوب اعادة القضية لمحكمـة أول درجة لتصدر حكما جديدا بعد القضاء ببطلان قرارها .

نقض ٢٥/٦ ق (٥٦/١/١٩) س١١٨/٧

□■□

(المبدأ ٧٦) : الحكم الصـادر فى دعوى تفسير شرط الواقف لا يعتبر حجة الا على من كان ممثلا فيها .

الحكم الصادر فى دعوى تفسير شرط الواقف لا يعتبر حجة الا على من كان ممثلا فيهـا ، فاذا كان الطالبون لا يعتبرون من اطراف الخصـومة فى تنفيذ الحكمين المنعى عليهما بالتناقض فان طلب الترجيح بين الحكمين يكون قد أقيم ممن لا يملكه مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الطلب .

نقض ٣٠/٢٣ ق (٦٦/٥/٣٠) س ٤٣٧/١٥

□■□

(المبدأ ٧٧) : تكييف الدعوى بانها دعوى ملكية فى حين انهـا دعوى استحقاق يدور النزاع فيها حول معرفة من انحل عليه الوقف من اطراف الخصوم . اختصاص المحاكم الشرعية بنظرها ـ لا حجيـة للحكم الصادر فيها من المحاكم المدنية .

الحكم الصادر فى الدعوى باعتبارها دعوى ملكية ومما تدخل فى اختصاص المحاكم المدنية أيا كان سببها فى حين أنها فى جوهرها دعوى استحقاق فى وقف يدور النزاع فيها حول معرفة من انحل عليه الوقف من أطراف الخصوم وهل كان بغير عوض فيصبح ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف أم كان بعوض فيؤول الى مستحقيه الحاليين ، وهى بهذا الوصف مما كانت تختص به المحاكم الشرعية والفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بعد تعديله بالقانون رقم ١٩٥٣/٣٩٩ — هذا الحكم لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لصدوره من محكمة لا ولاية لها . واذا اعتد الحكم المطعون فيه بهذا الحكم ورتب عليه عدم جواز نظر الدعوى المرفوعة بالاستحقاق فى الوقف لسابقة الفصل فيها فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٢/٦ ق (٦٤/٥/٢٧) س ٧١٢/١٥

□■□

(المبدأ ٧٨) : التناقض الذى يعيب الحكم .

التناقض المعتبر الذى يعيب الحكم هو التناقض الذى تتماحى به أسبابه بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه .

نقض ٣٠/٢٣ ق (٦٣/١/٢) س ٢٢/١٤

□■□

(المبدأ ٧٩) : التنازل عن التمسك بالحكم .

عدم قيام الطاعنة — وزارة الأوقاف — بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر ، وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقد الحكر المقضى بفسخه حتى تم استبدالها سنة ١٩٦٢ ، يتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ ، وبالتالى فانه لا تكون هناك حاجة لابرام عقد جديد يجب افراغه فى الشكل الذى تطلبه القانون المدنى فى المادة ١٠٠٠ منه .

نقض ٣٧/١٧٠ ق (٧٢/٣/٢٣) س ٥٠٠/٢٣

□■□

(المبدأ ٨٠) : العبرة فى الحكم هى بالنسخة الأصلية .

"العبرة فى الأحكام هى بالنسخة الأصلية التى يحررها الكاتب ويوقع عليها رئيس الجلسة فهى التى تحفظ بملف الدعوى ، وتكون المرجع فى أخذ الصورة التنفيذية وغيرها من الصور ومسودة الحكم لا تعدو أن تكون ورقة لتحضير الحكم ".

طعن ٤٦/٤٩٤ ق — س ٣١ ص ٧٢٠ ج ١

□■□

(المبدأ ٨١) : خلو أسباب الحكم مما قدمه الخصوم من طلبات ودفوع وخلاصة الأدلة الواقعية فى الدعوى — أثره بطلان الحكم .

توجب المادة ١٧٨ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٣/ ١٩٧٣ أن يشتمل الحكم على أسبابه الواقعية من عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهرى الذى تتأثر به نتيجة النزاع ويتغير به وجه الرأى فى الدعوى ورتبت البطلان جزاءا على اغفالها أو القصور فيها .

نقض ٤٦/٤٩٤ ق — س ٣١ ص ٧١٩ ج ١

□■□

(المبدأ ٨٢) : لا يجوز الرجوع الى المحكمة لتفسير قضائها متى كان واضحا .

تنص المادة ١/١٩٢ من قانون المرافعات رقم ١٣/١٩٦٨ — على أنه يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو ابهام ، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، والمستفاد من صريح هذا النص — وعلى ما جرى به قضاء النقض — أن مناط الأخذ به أن يكون الطلب بتفسير ما وقع فى منطوق الحكم من غموض أو ابهام ، أما اذا كان قضاء الحكم واضحا ، لا يشوبه غموض ولا ابهام ، فانه لا يجوز الرجوع الى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للرجوع عنه والمساس بحجيته .

نقض ٤٠/١٤ (٧٢/٤/١٩) — س ٢٣ /٧٠٤

(المبدأ ٨٣) : تصحيح الأحكام ـ الأخطاء المادية البحتة التى تقع فى منطوق الحكم .

تصحيح الأحكام على الوجه المقرر فى المادة ٣٦٤ مرافعات قديم (المادة ١/١٩١) من قانون المرافعات القائم ـ مناطه الا تتجاز به المحكمة الأخطاء المادية البحتة التى تقع فى منطوق الحكم كتابية كانت هذه الأخطاء او حسابية فاذا هى تجاوزت هذا النطاق وامتد ما أجرته من تصحيح الى تعديل حكمها السابق والتغيير فيه بعد ان كانت قد استنفدت ولايتها على النزاع ، فانه يجوز الطعن فى القرار الصادر منها بالتصحيح بذات الطرق المقررة للطعن فى الحكم موضوع التصحيح .

نقض ٣٢/١٣ ق (٦٥/٣/٣) س ٢٥٣/١٦

حمـــــل

(المبدأ ١) : كلمة حمل فى الشرع اسم لنطفة فاذا كان مضغة او علقة ولم يتغير ولم يصبح لحما فلا يكون حملا .

كلمة حمل فى الشرع اسم لنطفة متغيرة ، فاذا كان مضغة او علقة ولم يتغير ولم يصبح لحمـا فلا يكون حملا — فاذا قررت أن الذى ولدته قطعـة لحم — فهو حمل لأن النطفة لا تعتبر لحما قبل اربعة اشهر والنص الشرعى يقضى بانقضاء العدة بوضع الحمل ولو كان مستبينا بعض خلقـه متى مضى على مبدأ الحمل مدة اربعة اشهر من وقت العلوق ، كمـا نص على ذلك فى الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٣٣١ وفى الجزء الثانى من الدر المختار فى رد المحتار ص ٦٢٠) .

٦٠/١٩٢٨ العياط   م ش ٤/١ ٢١٤

□■□

(المبدأ ٢) : الحمل اسم لمنطفة متغيرة .

الحمل اسم لنطفة متغيرة، فاذا كان علقة أو مضغة لم تتغير، فلا يعرف كونها متغيرة الا باستبانة بعض الخلق .

٥١/٢٧٢ قنا (٥٢/٢/٢٤)   م ش ٦٤٥/٢٢

□■□

(المبدأ ٣) : المدة التى يستبين فيها خلق السقط كله او بعضه .

اختلف الفقهاء فى مقدار المدةالتى يستبين فيها خلق السقط كله او بعضه فصاحب المحيط يرى انها مائة وعشرون يوما ، وكذا صاحب المجتبى حيث قال أن المستبين بعض خلقه يعتبر فيه اربعة اشهر وتام الخلق يعتبر فيـه ستة اشهر لأن الحمل اسم لنطفة متغيرة فاذا كان مضغة او علقة لم تتغير ، فلا يعرف كونهـا متغيرة بيقين الا باستبانة بعض الخلق — وقال صـاحب البدائع أن يكون اربعين يوما نطفـة واربعين يوما علقة واربعين يوما مضغـة وعبارته فى عقد الفرائد : قالوا يباح لها أن تعـالج فى استنزال الدم ما دام

الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوما ــ وانما اباحوا ذلك لأنه ليس بآدمي ، واستشكل صاحب البحر بأن المراد نفخ الروح اذ المشاهد ظهور خلقه هذه المدة وهو موافق لما فى بعض روايات الصحيح ــ كما مر بالنطفة ثنتان واربعون ليلة بعث الله ملكا فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها .

٥١/٢٧٢ ك قنـا (٥٢/٢/٢٤) م ش ٦٤٥/٢٢

□■□

(المبدأ ٤) : اطوار الحمل .

ذكر الشيخ داود الانطاكى فى التـذكرة بحث الحمل ج ٢ ص ١٣٥ ، ١٣٦ أن اطوار الحمل سـبعة ــ الأولى : ماء الى اسـبوع وبعد التفـاعل والانفعال يتخلق الغشاء الخارجى ويلتئم داخله ويتحول الى النطفـة وهو الطور الثانى ــ وترسم فيـه الامتدادات الى ستة عشر يوما فيكون علقـة حمراء وهو الثالث ــ ثم مضغة وهو الرابع ويرسم فى وسطها شكل القلب ثم الدماغ فى راس سـبعة وعشرين يوما ثم يتحول عظاما مخططة مفصلة فى اثنين وثلاثين يوما وهو أقل مدة يتخلق فيها الذكر الى خمسين يوما لا أقل ولا أكثر وهو الطور الخامس ، ثم يجتذب الغذاء ويكتسى اللحم الى خمسـة وسبعين يوما وهو الطور السادس ثم يتحول خلقا آخر وتظهر فيـه الغاذية بل النـامية الطبيعية وهنا يكون كالنبـات الى نحو المائة ثم يكون كالحيوان النائم الى عشرين بعدها فتنفخ فيه الروح الحقيقية ، الى أن قال : وبهـذا يرتفع الخلاف بين الفلاسفة حيث حكموا بنفخ الروح فى راس السبعين وبين ما ذكره الشـارع صلى الله عليـه وسلم فان الأول الروح الطبيعيـة وهى الحاصلة للنبـات والثانى الروح التى تستقل بها الانسـانية حيث قال ان احدكم يجمع خلقه فى بطن امه أربعين يوما نطفة ثم يكون علقـة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح لأنهم اعتدوا بالروح الطبيعية وهى حاصلة للنبات وعليه الصلاة والسلام لا يسمى روحا الا التى تستقل بها الانسـانية أ. هـ.

٥١/٥٧٢ ك قنـا (٥٢/٢/٢٤) م ش ٦٤٥/٢٢

□■□

(المبدأ ٥) : اقرار المطلقة عند طلاقها بخلوها من الحمل لا يعتـد به . علة ذلك .

اقرار المطعون عليها عند طلاقها بخلوها من الحمل لا تأثير له ، اذ الحمل مما يخفى على المراة والتناقض فيه ـ على ما جرى به قضاء النقض ـ عفو مغتفر .

نقض ٦/٤٤ ق (٧٦/١/٧)　　　　س ٢٧

□■□

(المبدا ٦) : الحمل مما يخفى على المراة .

الحمل مما يخفى على المراة ،، ويغتفر التناقض فيه .

نقض ٤٠/٢٣ ق (٦٣/١/٢)　　　　س ٢٢/١٤

□■□

(المبدا ٧) : الحمل يترك آثارا فى جسم المراة .

الحمل يترك آثارا ظاهرة فى جسم المراة فاذا لم توجد هذه الآثار كان ذلك دليلا على كذبها فى ادعاء ولاداة من تطلب له النفقة .

٤٨/١١٩٢ السيدة (٤٩/٢/٢١)　　　　م ش ٦٤٥/٢٤

□■□

(المبدا ٨) : ماء الزنا لا حرمة له فادعاء الزوجة الحمل منه لا يحول دون الحكم عليها بالطاعة .

ان ماء الزنا لا حزر له وللزوج ان يطأ زوجته وان رآها تزنى فان كانت حبلى من زنا فيجوز العقد عليها ولكن لا يجوز له وطؤها حتى تضع ـ فاذا كان الحمل من الزنا لا يحول بين العقد عليها فمن باب أولى لا يحول دون عودتها الى زوجها لأن فراش النكاح قائم محترم .

٤٤/١٠٦٦ نجع حمادى (٤٥/٤/٩)　　　　م ش ٥٢/١٧

□■□

(المبدا ٩) : جائز تقدير نفقة للحمل بعد انفصاله ويؤمر الأب باداء ما قدر له .

وحيث ان المحكمة الجزئية بنت حكمها برفض طلب المدعية نفقة وكسوة واجرة حضانة ومسكن بنتها منه (وهو باقى المقرر لهـا شهريا من المدعى عليه بالورقة العرفية المحررة منه) على أن هذا عقد صدر منـه قبل وضع البنت بشهرين ، وكان بين المدعية والمدعى عليه ـ وهو عقد باطل لأمرين ، أولهما : أن المدعية لا صفة لها فى هذا الاتفـاق لأن الحمل لا يلى ولا يولى عليه ـ وثانيا : أن هذا العقد عقد تمليك مضاف الى ما بعد انتهاء مدة الحمل والاضافة مبطلة لعقود التمليك فلا يكون ملزما للمدعى عليـه بدفع شىء من تلك النفقات ، ويتعين رفض ذلك الطلب . وبما أن السبب الأول ليس على اطلاقه فان الحمل وان كان لا ولاية له على أحد الا أنه ممن يولى عليه فتجوز الوصية بما فى بطن الجارية والوصية له (راجع الفتـاوى البزازية جزء ٣ س ٤٣٦ وشرح الدر وحاشـيته جزء ٥ ص ٤٥٣ ، ٤٥٤ والبـدائع جزء ٧ ض ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٥٤) وبما أن ما يصدر بين اثنين خاصا بنفقة من النفقات لا يعتبر عقدا مقيدا لنقل ملك أحدهما الى الآخر حتى يوصف بالبطلان اذا أضيف لزمن وذلك لأن النفقة المذكورة واجبة شرعا متى وجد سببها ولذلك اجاز الشـارع للزوجة والولد الصغير والأبوين والولد الكبير الزمن والأنثى مطلقا أن يتناولوا من مال من وجبت عليه نفقتهم ما يلزمهم من طعـام وغيره من غير رضى صاحب المال ولا علمه ومن غير قضاء وكان فرض القاضى للنفقة تقديرا لها واعانة للطالب على الوصول الى حقه الواجب ـ وليس القضـاء فى هذا الباب ايجابا لها يتوقف على صدوره وأن الرضا فى النفقـة بها فى أن كليهما يعد تقديرا للنفقة الواجبة ومانعـا من سقوطها بمضى المـدة (يراجع البحر ج ٤ ص ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٢ ، ٢١٣ ، ٢١٨ ، ٢١٩) وبما أنه ظهر بطلان السببين المذكورين فيكون ما بنى عليهما وهو الحكم برفض تلك النفقات باطلا .

٣٠/٢٦٤٠ س ك مصر (٢٥/٣/٣٢) م ش ٦٤٧/٣

□■□

(المبدا ١٠) : تقدير النفقة للحمل .

جرى القضاء على جواز تقدير النفقة للحمل بعد انفصاله .

٤٦/٣٧٤٦ س ك مصر (١٩/٤/٤٨) م ش ٨٠/٢٠

□■□

(المبدأ ١١) : الحمل يولى عليه اذا كان محقق الوجود .

وردت النصوص الفقهية فى ان الحمل يولى عليه اذا كان محقق الوجود فتجوز الوصية بما فى بطن الجارية والوصية له (راجع الفتاوى البزازية جـ ٣ ص ٤٣٦ وشرح الدر وحاشيته جـ ٥ ص ٤٥٣ ، ٤٥٤ والبدائع جـ ٧ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٥٤) ويجوز الوصاية عليه لكن لا يثبت حكمها الا بعد الانفصال (راجع التنقيح جـ ٢ ص ٢٨٠) .

٤٦/٣٧٤٦ س ك مصر (١٩/٤/١٤٨) م ش ٢٠/٨٠

□■□

حـــوالة

(المبدا ١) : تبرا ذمة المدين بحوالة باحالة الدين على غيره برضـاء الدائن .

من المقرر شرعا أن الصلح يتشـكل بعقود كثيرة ويحمل على اشـبه العقود احتيالا لصحته صونا لتصرف العقلاء عن الالغـاء والعبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ وبما انه والحال ما ذكر فيحمل الصلح المدون بالورقة على عقـد الحوالة اذ هو الأمثل به بل لا يصح أن يحمل على غيره . وبمـا أن المنصوص عليـه شرعا أن الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى وتنقسم الى قسمين مطلقة ومقيدة وعرفوا المطلقة بانها احالة المدين دائنـه على من ليس له عنده دين كما عرفوا المقيدة بانها احالة المدين دائنـه بالدين الذى عليه ليستوفيه من دين له عليه واشترطوا على المختار قبول المحتال ورضاء البـاقين .

١٧٩/٣٢ س ك الزقازيق (٢٨/٥/٣٣)　　　　م ش ٥/١٤٢

□■□

(المبدا ٢) : تحويل الزوجة الورقة العرفية الى اخيها واقرارها عليها بتسلمها المبلغ منـه بقصد حلوله فى مطالبـة الزوج به لا يصلح دليـلا على استيفائها لهذا الدين وانقطاع العلاقة بهذه الورقة بين الزوجين لأنها احالة غير صحيحة لفقدانها شرطا من شروط صحتها فلا تترتب عليهـا آثارها ، وكذلك اقرارها فيها باستلامها الدين نقدا لابتنائه على تلك الحوالة الباطلة .

حيث أن ما ابداه المدعى من أن المدعى عليها حولت الورقة العرفية الى أخيها واقرت بانها تسلمت الدين الوارد بها نقدية منه وبذلك تكون قد استوفت عاجل الصداق واصبحت العلاقة بين المتـداعيين بهذه الورقة منقطعة تماما فى الورقة العرفية لأخيها حوالة غير صحيحة شرعا لفقـدانها ركنا أو شرطا من شروط صحتهـا ــ فقد نص فى بدائع الصنائع فى باب الحـوالة على أن ركنها الايجاب من المحيل والقبول من المحال له والمحال عليه معـا ، ونص فى شرح الدر وابن عابدين بالجزء الرابع فى باب الحوالة على أن شرط صحتهـا رضا الكل ، قال ابن عابدين. أما رضاء المحيل فلأن ذوى المروءات قد يأنفون

من تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضا ، وأما رضـا المحال فلأن الحوالة انتقال حقه الى ذمة اخرى والذمم متفاوتة ، وأما رضا الثالث وهو وهو المحال عليـه فلأن الحوالة الزام الدين ولا لزوم بلا التزام وسـواء أكان رضا الثلاثة ركنا أم شرطا لصحة الحوالة فهو مفقـود فى حالتنـا بالنسـبة للدين الآخر ينكر اصل الدين وعلمه به فلا محل للبحث فيما اذا كان رضى بالحوالة أم لا ، متى كانت هذه الحوالة باطلة شرعا فلا يترتب عليهـا أثرها وهو حلول الدائن الثانى محل الدائن الأول فى مطالبته المدين بالدين .

٨٩٥/٣٣ الواسطى (١٨٠/١٠/٣٤) م ش ٩/١/١٢٤

□■□

(المبدا ١) : نص الفقهاء على ان الأصل فى العـدة الحيض وجعلت الأشهر بدلا عنه عند عدمه .

نص الفقهاء على ان اليائس التى اعتدت بالأشـهر اذا رات الدم على جارى عادتها او حبلت بعد زواجها من آخر بطلت عدتها وفسـد نكاحهـا واستانفت عدتها بالحيض لأنه الأصل فى العدة اذ به تعـرف براءة الرحم وبعودة دم الحيض اليها بعد اياسها تبين انها يائس فبطل اياسها وظهر انه لم يكن خلفا لأن شرط خلفية الاعتداد بالأشهر تحقق الاياس وهو لا يتحقق الا باستدامة العجز الى حين الوفاة فاذا ظهر عليها دم الحيض بعد الاياس ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة به وقد اطلقوا انقضـاء العـدة بالأشهر واستئنافها بالحيض فشمل القول بتحديد مـدة للاياس وعـدم تحديدها وقد اختلفت الروايات فى ذلك ، ففى رايه انه لا تحديد فيه بسن وان الاياس هو بلوغ المراة سنا لا تحيض فيها مثلها فاذا بلغت هذه السـن وانقطع عنها الدم حكم باياسها ، فان رات دم الحيض بعد ذلك بطل اعتدادها بالأشهر وظهر فساد نكاحها بغيره ـ وفى رواية الحسن وعليها أكثر المشايخ انه قدر بخمس وخمسين سنة وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنهـا الدم تصير ستين سنة وتعتد فاذا رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا وهذا يدل على انة لا يحتاج الى حكم القاضى بالاياس ـ كما ان العبارة القائلة اذا بلغت السن المقررة وانقطع حيضها حكم باياسها فان رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا تقتضى انه عند بلوغها السن المقررة مع الانقطاع يحكم باياسها شرعا وبعضهم قال انه يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح لأن الحكم بالاياس بخمس وخمسين سنة اذا لم تر الدم اجتهـادى والدم حيض بنص الآية الكريمة فاذا راته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل قال صاحب فتح القدير وفى بعض العبارات ما يفيد عدم الانتقـاض اذا حكم القاضى بالاياس والانتقاض اذا لم يحكم به ففى المجو زالكبيرة اذا رات الدم مدة الحيض فهو حيض ما لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهى ابنة سبعين سنة او نحوه فرات الدم بعد ذلك لا يكون حيضـا (الجزء الثالث من ابن عابدين والجزء الثالث من الهداية وفتح القدير) .

وانه ظاهر من النصوص المقدمة التى سيقت فى حكم المعتدة الآيسة ان سن الياس ليس لها مدة مقررة فى احـدى الروايات وان اليائس متى بلغت

سنا لا تحيض مثلها فيها وانقطع عنها الدم وحكم باياسها ثم رات دم الحيض بطل اعتدادها بالأشهر واستأنفت عدتها بالحيض وفسد نكاحها من الزوج الثاني وان تقدير سن اليأس على الرواية الأخرى اجتهادى والدم حيض بنص الآية الكريمة فاذا راته بعد ذلك فقد وجد النص والاجتهاد فى مقابلة النص غير جائز فيبطل بالاياس .

١٤/٤٨ العليا (٥٠/٥/٢٧) م ش ٢٤/٢٠٠

□■□

(المبدأ ٢) : العدة ثلاثة اشهر للائى لم يحضن واليائسات من الحيض وثلاث حيض لذوات الحيض ولذوات الأحمال أن يضعن حملهن والمتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام .

المقرر فقهاً ان العدة شرعت بثلاثة اشهر للائى لم يحضن ولذوات الحيض ولذوات الأحمال ان يضعن حملهن وللتوفى عنهن الأزواج اربعة اشهر وعشرة ايام .

٥١/٣٩١ السيدة (٥٢/١/٢٨) م ش ٢٤/٢٤٨

□■□

(المبدأ ٣) : اقل الحيض ثلاثة ايام واوسطه خمسة واكثره عشرة . واقل الطهر الفاصل بين الحيضتين عشر يوما ولا حد لاكثره .

فقه السادة الأحناف أن أقل الحيض ثلاثة ايام ، واوسطه خمسة ، واكثره عشرة ، وان اقل الطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوما ، ولا حد لأكثره ـ كما انهم ذكروا الاحمرار فى لون دم الحيض ، قال صاحب رد المحتار تعليقا على قول الدر المختار شرحا لعبارة تنوير الأبصار (وفى من لم تحض لصغر) بأن لم تبلغ تسعا وقيل سبعا بتقديم السين على الباء الموحدة وفى الفتح والأول اصح وهذا بيان أقل سن يمكن فيه بلوغ الأنثى ص ١٦٧ ج ٢ ابن عابدين ، وقا أيضا تعليقا على قول الدر أيضا على جارى عادتها شرحا لعبارة التنوير (ثم عاد دمها) اختلفوا فى معنى قوله اذا رات الدم على العادة فقيل معناه لذا كان سائلا كثيرا احترازا عما اذا رات بلة يسيرة ، وقيل معناه ما ذكر ، وان يكون احمر او اسود لا اصفر او أخضر أو تربية ص ٦٢٢ ج ٢ ابن عابدين . وقال أيضا تعليقا على قول الدر فاقلها لمدة ستين يوما شرحا لعبارة التنوير (قالت مضت عدتى والمدة تحتمله وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها والا لا) فيجعل كأنه طلقها فى الطهر بعد

الوطء ويؤخذ لها أقل الطهر خمسة عشر يوما لأنه لا غاية لأكثره واوسط الحيض خمسة لأن اجتماع أقلهما نادر فثلاثة اطهار بخمسة واربعين وثلاث حيض بخمسة عشر فصارت ستين وهذا على تخريج محمد لقول الامام وعلى تخريج الحسن له يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها ويؤخذ لها أقل الطهر واكثر الحيض ليعتدلا فطهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بثلاثين أيضا وعندهما اقل مدة تصدق فيها الحرة تسعة وثلاثون يوما ثلاث حيض بتسعة ايام وطهران بثلاثين ص ٦٢٩ ج ٢ ابن عابدين) .

١٢/٥٠ ك س أسوان (٤/١٠/٥٠) م ش ٤٥٢/٢٢

□■□

(المبدا ٤) : ما حكم من ادعت ان الدم استمر عليها ـ هل ينصب لها عادة ويقدر لها طهر فى العدة ؟

تحرير القول فى هذا على ما هو منصوكة عليه فى الكتب المعتبرة عند الحنفية كابن عابدين والفتح والبدائع وغيرها ان أقل الطهر خمسة عشرة يوما اجماعا ولا حد لأكثره ، لأنه قد يمتد الى سنة وسنتين ، وقد لا تحيض أصلا فلا يمكن تقدير ما الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة ، اما ان بلغت مستحاضة ، واما ان بلغت برؤيته عشرة مثلا دما وستة طهرا ثم استمر بها الدم أو كانت صاحبة عادة فاستمر بها الدم ونسيت عدد ايامها واولها وآخرها ودورها وهذه هى الأقسام الثلاثة ـ (أما الأولى) فيقدر حيضها بعشرة من كل شهر وباقيه طهر فشهر عشرون وشهر تسعة عشر ـ (واما الثانية) فقال ابو عصمت والقاضى ابو حازم حيضها ما رأت وطهرها ما رات ، فتنقضى عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوما وهذا على اعتبار الطلاق اول الطهر ـ (واما الثالثة) فيجب أن تتحرى وتمضى على أكبر رايها فان لم يكن لها راى فلا يحكم لها بشىء من الحيض والطهر على التعيين بل تأخذ بالأحوط فى حق الأحكام فتتجنب ما تجتنبه الحائض من القراءة واللمس ودخول المسجد . . وقال صاحب الفتح (وهل يقدر لها طهر فى حق العدة فاختلفوا فيه فمنهم من لم يقدر لها طهرا ولا تنقضى عدتها أبدا ومنهم ابو عصمت والقاضى ابو حازم لأن التقدير لا يجوز الا توقيفا ، ومنهم من قدر ، فالميدانى بستة أشهر الا ساعة لأن الطهر بين الدمين ـ اقل من أدنى مدة الحبل عادة فنقصنا منه ساعة فتنقضى العدة بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لاحتمال انه طلقها أول الطهر وينبغى ان تزداد عشرة لمثل ما قلنا ـ وعن محمد ابن الحسن شهران وهو اختيار ابى سهل وقال محمد

ابن مقاتل سبعة وخمسون يوما لأنه اذا زاد عليه لم يبق من الشهر ما يمكن كونه حيضا وقال الزعفران سبعة وعشرون لأن الشهر فى الغالب يشتمل على الحيض والطهر ، وذكر برهان الدين عمر بن على بن ابى بكر ان الفتوى على قول الحاكم الشهيد وهو المروى عن محمد وهو التقدير بشهرين أ. هـ. (يراجع فتح القدير وابن عابدين والبدائع جزء ١ من كل من باب الحيض) ـ وقالوا فى باب العدة ـ (وعدة المستحاضة كغيرها لأنها ترد الى ايام عادتها فان نسيت أيام عادتها اعتدت بثلاثة اشهر) ـ وقالوا فى موضع آخر من باب العدة ايضا (واعلم ان اطلاقهم فى الانقضاء بثلاثة أشهر فى المستحاضة المناسبة لعادتها لا يصح الا فيما اذا اطلقها فى اول الطهر اما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر ما يصح حيضه فينبغى ان يعتبر ثلاثة غير باقى هذا الشهر والوجه اهر أ. هـ. (فتح القدير فى باب العدة ص ٢٧٧ وما بعدها جـ ٣).

١٤٥/٤٤ فاقوس (٤٥/٥/٢١) م ش ٥٤/١٧

□■□

(المبدأ ٥) : للمحكمة ان تتحقق من مناقشة المعتدة ما يؤخذ كقرينة على كذبها فى انها معتدة بالحيض .

،حيث ان معارضة وكيلها فى مناقشتها وامتناعها هى عن الاجابة على بعض الأسئلة قرينة على كذبها فى الانكار (انكار انقضاء عدتها) على أن غرضها انما هو اطالة العدة لمدة سنة كما جاء على لسان وكيلها . ومن حيث ان المدعى عليها قد اعترفت بعد ترددها بانها لم تردها مطلقا اكثر من يوم او يوم وليلة او يومين فى كل شهر من يوم بلوغها الى الآن . ومن حيث انها اعترفت كذلك بانها لا تعرف لها عادة من يوم أن بلغت الى الآن لا فى نزول الدم و لا فى انقطاعه وصممت على ذلك اخيرا . ومن حيث ان هذه الاعترافات كلها تجعلها فى حكم المبتدأة او غير المعتادة فيتعين بالأشهر . وحيث انه نص فى الدر المختار على ان المراة اذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض (أى حيضا صحيحا) فعدتها بالأشهر لأنها من اللائى لم يحضن .

١٤٦/٣٢ الاسماعيلية (٤٨/٣/٧) ت س م ش ٢٣٦/٢٥

□■□

(المبدأ ٦): اقل مدة عدة بالحيض ستون يوما .

اقل مدة عدة بالحيض ستون يوما .

١٤٨/٤٨ ابو قرقاص (٤٨/٢/٧) ت س م م ش ٢٣/٢٥

(المبدأ ٧) : يقدر الحيض بالأشهر العربية .

الأشهر العربية هى التى يقدر بها الحيض والطهر شرعا .
١٤٥/٤٤ فاقوس (٤٥/٥/١٢) ت س م ش ١٢٥/٧/١٣

□■□

(المبدأ ٨) : الجدل فى الحيض ـ جدل موضوعى .

الجدل فى أن المطعون عليها من ذوات الحيض المنتظم هو جدل موضوعى لا يتسع له نطاق الطعن بطريق النقض .
٣٥/١٨ ق (٦٧/٣/٢٩) س ٦٩٢/١٨

« خ »

خبرة

خطبة

خلع

خلوة

خبـرة

(المبدا ١) : تعارف المسلمون فى هـذا العصر على فحص المرضى من نسائهم بواسطة الأطباء لعدم وجود من يوثق بهن فى مثل ذلك ـ وهذا العرف معتبر به فى تكييف احكام الشريعة .

من قبل قال العلمـاء فى امراة الميت التى تدعى الحمل ، والزوجة البكر التى تدعى عنـة زوجها ، انما تعرضـان على امراة مسلمة ثقـة ، وفى بعض الروايات ان العرض يكون على ثقة بدون التقييد بكون الثقة امراة ، وقـد كان القضاء يتحرج من عرض النساء على الأطباء ولكن ليس أمامنا الآن من النسـاء المسلمات من تضطلع بمثل هذه المهمة بدرجة يطمئن اليها القضـاء ، اذ لم يتعلم منهن طبيبـا الا عدد قليل قصرت دراسـته على مبـادىء الطب الأولية وطرق التوليد فى الأحوال العادية ، اما الرجال فقد حذقوا فنـون هذا العلم الى درجة يوثق بها ، وقد تعارف المسلمون على الاستعانة بالأطباء فى علاج نسائهم ولذلك وسعنا ندب الأطباء .

٣٧/٢٢٤ اسوان (٣٨/٥/٢٥) م ش ٥٥١/٩

□■□

(المبدا ٢) : الشـهادات الطبيـة العادية ليست شـهادات شرعيـة ولا تقارير خبراء ولا قرائن قاطعة قانونا ، وانما هى من قبيل المؤيد للدليل ولا تكفى وحدها فى الاثبات .

وحيث ان عمدة المدعى عليها فى كون مصلحة الصـغيرين عنـدها هو ضعف صحتها حسب الشهادة الطبية ، وهذه الشهادات لا يمـكن الاعتماد عليها وحدها ولا ان تكون دليلا مستقلا كافيا بحال ، لأنه ان قيل انها تقارير خبراء فلا تكون المحكمة ملزمة بها طبقا للقانون خصوصـا اذا كانت تخالف الظاهر المحسوس الذى شاهدته المحكمة واثبتته فى حالة الولدين ـ على ان اعتبار تلك الشهادات تقارير خبراء بعيد لعـدم تدخل المحـكمة فى تعيينهم ولعدم خضوعهم فى اداء مهمتهم لقانون الخبراء واهمية هذه القيود واضحة قانونا وعرفا لسهولة الحصول على أمثال تلك الشهادات فى كافة الأوساط ، وان قيل انهـا شهادات فى موضـوع النزاع فهى ليست كذلك لأن الأطبـاء

لم يحلفوا اليمين القانونية أمام المحكمة ولم يؤدوا الشهادة امامها . يقى أن يقال انها قرائن وقد اخذ بها القانون اخيرا ـ وهذا ان صح فانه يحتاج الى احتياطات شديدة فى تحقيق شخصية المريض . والتأكد من ان الطبيب يعطى تقريره ابتغاء خدمة الحقيقة فقط . وهذه الاحتياطات مفقودة قطعا فى امثال تلك الشهادات فتكون دلالتها على ما حررت من أجله دلالة ضعيفة لا يحتج بها وحدها ولا يمكن الاعتماد عليها فى القضاء ، ولا يمكن أن تكون المحاكم التى اخذت بهذه الشهادات قد اعتمدت عليها وحدها مع ضعف شانها على الوجه المذكور ولو قدر على المحاكم المصرية أن تقيد نفسها بمثل تلك الوريقات لفقدت وجودها فى كل موضوع من هذا القبيل ولسيطر غير القضاة على القضاء حينئذ فضاع الحق وفقدت العدالة .

٣٢/٢١٩٤ طنطا (٣٣/١٠/١٠) م ش ٩٧٠/٦

□■□

(المبدا ٣) : تقرير الطبيب الثقة عن الأمراض واخطارها وانتقال عدواها دليل يكفى للحكم مع انه خبر واحد لم يحلف اليمين ولم يدل به امام القضاء .

القول بعدم كفاية (تقرير الطبيب) للحكم لأنه ليس شهادة كاملة ولم يدل به صاحبه شفويا أمام المحكمة ولم يحلف عليه اليمين قول بعيد عن الصواب لأن علماء الشريعة قد اكتفوا به ـ قال فى معين الحكام ـ وما اختصم فيه من العيوب فى حيوان او قن فطريق الكشف عنذلك أن يرسل الى من يرتضيه الحاكم أو يثق ببصره فيأخذ برأى المخبر الوحيد او الطبيب النبيل ونقل مثل ذلك عن قاضيخان .

٣٧/٢٢٤ أسوان (٣٨/٥/٢٥) م ش ٥٥١/٩

□■□

(المبدا ٤) : شهادة الطبيب ببلوغ الزوجة دليل رسمى .

شهادة الطبيب فى بلوغ الزوجة اكثر م نالسادسة عشر سنة دليل
رسمى لاسيما اذا كانت الزوجة لم تقيد فى دفتر المواليد وقت ولادتها ، ولا ينفى هذا الدليل غير دليل رسمى أقوى منه .

٣٩/١٣٠٤ ازبكية (٤١/١/٤) م ش ٩٠/٧/١٢

□■□

(المبدا ٥) : المحكمة غير مقيدة برأى اهل الخبرة .

نصت المادة ٢٤٠ ق ٧٨ لسنة ١٩٣١ للمحاكم الشرعية على ان المحكمة غير مقيدة برأى أهل الخبرة .

٣٢/٢٤٦٩ الجمالية (٣٣/١١/١٢) ت س م ش ٧٤/١٠

□■□

(المبدا ٦) : لا عبرة بتقرير الخبير اذا عارض صريح النص .

لا عبرة بتقرير الطبيب ، لو ارتضاه الخصم ، اذا عارض صريح النص وانتفت معه مصلحة الصغير ، فضلا عن أن آراء الأطباء عادة منوطة بمصلحتهم فى مصر فلا تكون حجة فى موضوعها .

٣٣/٥٨٦ ميت غمر (٣٤/٥/٢٠) ت س م ش ٢٥٣/١٠

□■□

(المبدا ٧) : تعيين الخبير رخصة لقاضى الموضوع .

تعيين الخبير من الرخص المخولة لقاضى الموضوع الذى له حده تقدير لزوم او عدم لزوم هذا الاجراء ، ولا معقب عليه فى ذلك .

نقض ٤٣/١ ق (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

(المبدا ٨) : تكليف الخبير للخصوم بحضور الاجتماع الأول . كفايته طوال مدة قيامه بالمأمورية .

المادة ١٤٦ (١) من قانون الاثبات رقم ١٩٦٨/٢٥ توجب على الخبير ان يحدد لبدء عمله تاريخا معينا وأن يدعو الخصوم قبل هذا التاريخ باجراءات ومواعيد حددتها ورتبت على اغفال الدعوة بطلان أعمال الخبير .

نقض ٤٤/١٤ ق (٧٦/٣/١١) س ٢٧

---

(١) راجع نص المادة ١٤٦ من قانون الاثبات .

(المبدا ٩) : الحكم الصادر بند ب خبير . فصله فى المنازعه بشــان ملكية العين المطالب بمقابل التحكير عنها . عدم جواز اعادة طرح هذه المنازعة لدى ذات المحكمة ولو قدمت لها ادلة جديدة .

محكمة الموضوع لا تكون ملزمة بوقف الدعوى المتعلقة بالمطالبة بمقابل التحكير او بمقابل الانتفاع او بالقيمة الايجارية ، الا اذا اثيرت المنــازعة حول ملكية العين الوارد عليها هذا الطلب ، اما اذا اثيرت وفصل فيها بقضاء قطعى فان المنازعة لا يكون لها محل بعد هذا القضاء ولا يكون لمن صدر عليه الحكم بعد ذلك ان يعود لمناقشة المسالة التى تم الفصل فيها كمــا لا يجــوز ذلك للمحكمة حتى لو قدمت لها ادلة جديدة قاطعة فى مخالفة الحكم السابق ، ومتى احتوى الحكم بندب خبير فى أسبابه على القضاء بصفة قطعية فى شق من الخصومة فانه لا يجوز اعادة النظر فى هذا القضاء لدى ذات المحكمة .

نقض ٤٤/٢٠٣ ق (٧٩/١/٢٤) س ٣٠ ص ٣٤

□■□

خطبـــة (١)

(المبدأ ١) : الخطبة شروع فى الزواج ومقدمة له .

لا جدال فى ان الخطبة شروع فى الزواج ومقدمة له ومتعلق من متعلقاته وتقديم الشبكة للزواج هو مقدمة له ومتعلق من متعلقاته ايضا ـ وعدم حصول الزواج بعد الخطبة وتقديم الشبكة لا يخرج ذلك عن تعلقه بالزوجية ـ واختصاص المحاكم الشرعية بنظر هذا الموضوع والا كانت المحاكم الشرعية غير مختصة بقضايا المهر مثلا فى الأحوال التى لم يتم فيها الزواج بين الخطيبين .

٣٣/٥٤ كفر الشيخ (١٤/٤/٣٤)   م ش١٠/١٧٠

□■□

(المبدأ ٢) : لأى من الطرفين العدول عن الخطبة .

أن الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج ، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد احدا من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى اى وقت شاء ، خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع ، وهذا لا يكون اذا كان احد الطرفين مهددا بالتعويض ، ولكن اذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار انهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمهما افعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد الحقت ضررا ماديا أو ادبيا بأحد المتواعدين ، فانها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس انها هى فى حد ذاتها ـ بغض النظر عن العدول المجرد ـ افعال ضارة موجبة للتعويض .

نقض ٩/١٣ ق   (١٤/١٢/٣٩)

---

(١) اذا اراد الرجل ان يتزوج فلا يباح له ان يخطب اى امراة كانت بل لا بد من نظر الى من يريد خطبتها ، فان كانت متصفة بما يمنع العقد امتنع لان لخطبة مقدمة للعقد ، فاذا كان العقد غير جائز تكون الخطبة عبثا ويلزم العاقل صون اعماله من العبث ؛ وان لم يكن هناك مانع من العقد أقدم على الخطبة لانها والحال هذه تكون وسيلة الىماهو جائز فتفيد فائدتها وحينئذ تجوز خطبة المراة الخالية من نكاح وعدة .

(المبدأ ٣) : ما يقدم من الخاطب لمخطوبته مما لا يكون محلا لورود العقد عليه يعتبر هدية ، الهدية كالهبة حكما ومعنى ـ الهبة عقد تمليك يتم بالقبض وللموهوب له ان يتصرف فى العين الموهوبة بالبيع والشراء وغيره ويكون هـذا التصرف نافذا ـ هلاك العين الموهوبة او استهلاكها مانع من الرجوع فى الهبـة ـ اذا طلب الواهب رد العـين الموهوبة فابى الموهوب له ردها فلا تنقلب يده ضـامنة بل ولو كان طلب الرد برفع الخصـومة الى القضـاء ، ينبنى على ذلك ان الدعوى بطلب رد العين ان كانت قائمـة او قيمتهـا ان كانت هالـكة او مستهلة دعوى غير مسموعة شرعاً لأنه ليس للواهب الا طلب رد العين ان كانت قائمة .

لا نزاع بين الفقهاء مطلقا فى أن ما يقدم من الخاطب لمخطوبته تأكيدا لمعنى الخطبة مما لا يكون عادة محلا لورد العقد عليه يعتبر هدية (ولا نزاع بين الخصوم فى أن الشبكة قدمت على سبيل الهدية فقط) وقد اتفقت كلمـة الفقهـاء فى غير موضع على أن الهدية فى معنى الهبـة ورتبوا على ذلك ان أعطوا للأولى أحكام الثانية ، ومن حيث أن الفقهاء وان جعلوا للواهب حق الرجوع فى هبته الا انهم قيدوا ذلك بما اذا كانت العين قائمة ومن أجل ذلك كان هلاكها أو استهلاكها مانعا من الرجوع فيها ، وقد شرط الفقهاء فوق هذا لوجوب رد العين الموهوبة أمرين ، اما قضاء القـاضى به او التراضى عليه ، ومعقول جدا أن يضع الفقهاء هذا الشرط لاسترداد العين الموهوبة ان كانت قائمة لأن الهبة عقد تمليك يتم بالقبض ، وعقد كهذا يجعل ملك الموهوب له ثابتا فى العين الموهوبة فلا تخرج العين عن ملكه الا بالرضاء أو القضاء ولأن اخراج العين عن ملكه فيـه كثير من الخفاء وموضع خلاف بين العلمـاء فيما لو لم يحصل القضـاء بالرد أو التراضى من طرفى العقد على فسخه ، فان ملك الموهوب له لا يزول عن العين وينفذ تصرفه فيها بالبيع وغيره بل ويكون هذا التصرف نافذا بعد المرافعة الى الحاكم وقبل الحكم واذن فلا يتجه شىء من الضمان اذا منع الموهوب له عين الهبة عن الواهب بعد طلبها وقبل الحكم بها ـ ومن المعقول جدا ان الموهب له اذا منع رد العين الموهوبة الى واهبها قبل قضاء القاضى بهذا الرد لا تنقلب يده يدا ضامنة لأن الرد قبل القضاء ليس بواجب عليه لأنه قبل القضاء مالك فلو هلكت فى يده لا تهلك مضمونة لأن العين لم تكن مضمونة حال قبضها من الواهب فلا تنقلب مضمونة بالاستمرار عليـه (راجع ص ٣٧٤ جزء ٢ ابن عابدين وراجع ص ١٠٠١ جزء ٥ زيلعى) ، وحيث أنه يتضح من ذلك كله أن المنع من الرد قبل القضاء به فى الهبة لا يغير من صفة الهبة فى شىء ولا يلحقهـا بالغصب فيجعل للمـدعى حق طلب العين ان كانت قائمة أو قيمتها ان كانت هالكة بل لابد فى طلب رد العين الموهوبة من وجود العين قائمة .

٢٣/٦٥٣ ك س طنطا (٣٣/٧/١٢) **م ش ١٤٨/٥**

(المبدا ٤) :هدايا الخطبة ليست من مسائل الأحوال الشخصية . هي من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبات من احكام تطبق في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا احكام الرجوع الواردة في المادة ٥٠٠ من القانون المدني وما بعدها .

الخطبة وان كانت تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، الا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للاخر ـ ومنها الشبكة ـ ابان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه اذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك من نطاق الأحوال الشخصية وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الاسلامية ومن ثم فان المعول عليه في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني المادة ٥٠٠ وما بعدها .

نقض ٣٠٢/٢٨ ق (٦٣/١٠/٢٤) س ٩٦٨/١٤

□■□

(المبدا ٥) : شروط الرجوع في الهبة في حالة عدم قبول الموهوب له ـ العذر المقبول وعدم وجود مانع من موانع الرجوع . أعمال محكمة الموضوع المادة ٥٠٠ مدني والقضاء بعدم أحقية الخاطب في استرداد مبلغ الشبكة لانتفاء العذر الذي يبرر الرجوع ـ لا مخالفة لذلك في القانون .

يشترط للرجوع في الهبة على ما نصت عليه المادة ٥٠٠ من القانون المدني في حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب في الرجوع الى عذر يقبله القاضي ، ولا يوجد مانع من موانع الرجوع ، فاذا كانت محكمة الموضوع قد أعملت هذه المادة ، وانتهت الى عدم أحقية الطاعن في استرداد مبلغ الشبكة لما رأته في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التي أوردتها في انتفاء العذر المقبول الذي يبرر رجوع الطاعن في هبته ـ فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون .

نقض ٣٠٢/٢٨ ق (٦٣/١٠/٢٤) س ٩٦٨/١٤

□■□

(المبـدا ٦) : وجوب توافر شرائط المسئوليـة التقصـيرية للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة ـ ينبغى اقتران هذا العـدول بفعل خاطىء فى ذاته ومستقل عنـه من احد الطرفين يترتب عنهـا ضرر مادى أو ضرر ادبى للطرف الآخر .

يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنهـا ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر ، فاذا كان يبين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيـه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبـة لغير ما سبب سوى طمعـه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنتـه بنصيبها فى ماله حال حيـاته واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيـه ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض ، وكان سبب العدول على هـذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجردا عن اى فعل خاطىء مستقل عنه ، فان الحكم المطعون فيـه يكون قـد أخطأ فى القـانون اذ قضى للمطعون عليهـا بالتعويض .

نقض ٢٥/٤٣٨ ق (٢٨/٤/٦٠) س١١/٣٥٩

□■□

(المبدا ٧) : استطالة امد الخطبة فى الزواج والاحجام عن اتمامه ثم العدول عن الخطبة كل ذلك امور لا تفيد العدول عن اتمام الخطبة ولا تعـد أعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول . مجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض .

استطالة أمد الخطبة فى الزواج والاحجام عن اتمامه ثم العـدول عن الخطبة كل ذلك امور لا تفيد العدول عن اتمام الخطبة ولا تعد أعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول . مجرد العـدول عن الخطبة لا يعـد سببا موجبـا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبـة الا اذا اقترن هذا العدول بأفعـال أخرى مستقلة عنه الحقت الضرر بأحد الخطيبين .

نقض ٢٨/١٧٤ ق (١٥/١١/٦٢) س١٣/١٠٢٨

□■□

خلع (١)

(المبدأ ١) تسامح الفقهاء فى الخلع والطلاق على مال فاجازوا فيهما ما لا يجوز فى غيرهما .

من المعروف فقهـا انهم تسامحوا فى الخلع والطـلاق على مال فأجازوا فيهما ما لا يجوز فى غيرهما ، فأجازوا فيهما الابراء من نفقة العدة عوضا عن الطلاق مع ان الابراء منها قصدا قبل تقريرها فى الذمة لا يجوز ، وفى شرح الدر من الخلع ــ شرط البراءة من نفقة الولد أن وقتا كسنة صح ولزم والا لا (بحر) ــ وفيه عن المنتقى وغيره لو كان رضيما صح وان لم يوقتا وترضعه حولين بخلاف الفطيم وفى الخانية من الخلع (امراة اختلعت من زوجهـا على رضاع ولدها ولم يسم وقتا قال محمد رحمة الله تعـالى يجـوز ذلك عن سنتين وان طلقها على أرضاع الولد سنتين وعلى نفقة هذا الولد عشر سنين، قال محمد رحمة الله تعالى : يجوز وتتحمل مثل هذه الجهالة « جهالة مقدار النفقـة » ــ فى الطلاق ــ وفى الأنقـروية من الخلـع (واذا اختلعت على أن تمسكه الى وقت البلوغ صح فى الأنثى لا فى الغلام) . وعلق فى هامشـها بأن المرحوم يحيى افندى ابن زكريا افتى بأن يصح فى الغلام الى سبع ونصـول الخلع) ، ومن هذه الناحية لم يامنوا جهـالة المدة لأنها تفضى الى النزاع فى على أن الصغير اذا مات او ماتت هى او تزوجت وتركته لأبيه قبل تمام المدة

فانه يرجع بحصة ما بقى منها (شرح الدر ورد المحتار والفتح والبحر من هذه الأحوال حتى شرط بعضهم لصحة هذه التسمية تعيين المدة سـواء كان الولد رضيما أم فطيما .

١١٠/٤٣ ك س طنطا (٤٣/١٢/٢٢) م ش ١٥٨/٦/١٦

□■□

(المبدأ ٢) : اعتبار الخلع او الطلاق على مال من مسائل الأحـوال الشخصية .

---

(١) الخلع ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع ــ وقد يصح بلفظ البيع والشراء وشرطه (١) قيام القيد فى المراة نكاحا أو عدة ــ (٢) قيام حل محل النكاح وحكمه وقوع الطلاق البائن ــ وتصح نية الثلاث فيه . ص ٤٤٢ جزء أول من الفتاوى الهندية .

وقال فى الدر : الخلع لغة الازالة وشرعا ازالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها . واجع ابن عابدين جزء ثان وباب الخلع .

المباراة والخلع او الطلاق على مال ليست من المعارضات المالية التى تطبق فى شأنها أحكام القانون المدنى ، بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فتخضع لأحكام الشريعة الاسلامية التى يرجع اليها وحدها لتقرير ما يجب أن يتم به رضاء الزوجين وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من ايجاب وقبول ، وكيف يكون الايجاب والقبول معتبرين شرعا حتى تقع الفرقة ويستحق المال .

نقض ٨١/٠ ق (٢٨/١٠/٣٧)

□■□

(المبدا ٣) : يجوز للمراة ان تختلع من زوجها برضاع ولدها الذى هى حامل به .

المنصوص عليه شرعا أن المرأة اذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذى هى حامل به الى سنتين جاز وعليها اذا مات أو لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة الرضاع سنة كذا اذا ماتت هى عليها قيمته ولو كانت قالت عشر سنين يرجع عليها باجرة الرضاع ونفقة باقى السنتين الا اذا قالت عند الخلع اذا مات أو ماتت فلا شيء على فهو على ما شرطت كما نص على ذلك فى فتح القدير نقلا عن ابى يوسف ، ومن حيث أن أجرة الحضانة هى من ضمن النفقة وأن الطلاق على الابراء هو التحمل صحيحا ولا جهالة فيه بعد الوضع .

٣٢/٢٦١٩ الجمالية (٣٣/١١/١٠) م ش ٣٦٨/١٠

□■□

(المبــدا ٤) : لو خلع امراته على مال ثم زادت فى بدل الخلع فالزيادة باطلة .

جاء فى الأنقروية عن مجمع الفتاوى ونقلا عن التتارخانية عن المحيط والذخيرة : انه لو خلع امرأته على مال ثم زادت فى بدل الخلع فالزيادة باطلة لأنها زادت بعــد هلاك المعقود عليه ـــ وانه قال فى الفتــاوى وبه يفتى جـ ١ ص ٩٢ ـــ ومتى كانت الزيادة فى العوض بعد الطلاق باطلة لا تكون لازمة ولا يكون للمطلق حق المطالبة بها .

٥٠/١٨٣٣ قنا (٥١/٤/٢٤) م ش ٨٦٦/٢٢

□■□

(المبدا ٥) : الخلع على نفقة الصغير لا يصح ولا يلزم الا اذا ذكرت مدة معلومة .

الوجه الشرعي يقضي بأن الخلع على نفقة الصغير والتحمل بجميع ما يلزمه لا يصح ولا يلزم الا اذا كان مؤقتا بوقت كسنة مثلا والا لا كما يعلم ذلك من الاطلاع على نصوص الفقهاء الآتية : (لو شرط البراءة من نفقة الولد الصغير وهي مؤنة الرضاع ينظر فان وقتا له وقتا كسنة ونحوها صح والا لا ا. هـ.) ونص في شرح الاختيار على المختار جزء ثا نص ٢٢٠ بمثل ما ذكر في عبارة الزيلعي . ونص في الفتاوى الهندية في باب الخلع (ص ٤٤٣ ، طبعة كستلي الجزء الأول على ما يأتي : « لا تقع البراءة من نفقة الولد وأجرة الرضاع من غير شرط فان شرط البراءة عن ذلك فان وقت لذلك وقتا جاز والا فلا ـ واذا جازت البراءة عند بيان الوقت والشرط فان مات الولد قبل تمام الوقت كان للزوج أن يرجع عليها بحصة الأجر الى تمام المدة كذا في فتاوى قاضي خان ا. هـ. » ـ ونص في المهدية في الجزء الأول ص ٢١٠ على ما يأتي : « يصح الخلع من مؤخر الصداق ونفقة الصغير مدة معلومة بعد تقديرها الا اذا كانت الأم معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها وما شرط عليها دين ا. هـ. » وفيها أيضا في الجزء المذكور ص ٣٧٩ السؤال الاتي : (سئل في امرأة أبرأت زوجها وتحملت بنفقة أولادها منه وارضاعهم في نظير طلاقها ، فطلقها على ذلك طلقة بائنة . فهل يكون لها الرجوع عليه ومطالبته بأجر الحضانة والنفقة حيث لم يقع تعيين لمدة التحمل المذكور ؟ أجاب في التنوير شرط البراءة من نفقة الولد أن وقتا كسنة صح ولزم والا لا ـ ولو خالعته على نفقة ولده شهرا وهي معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها ا. هـ.) وما شرط عليها دين كما في الهندية ، والمراد من البراءة من نفقة الولد جعل ذلك عوضا في الخلع او الطلاق ا. هـ. ـ فيؤخذ من هذه النصوص انه لابد للتحمل بنفقة الصغير من ذكر وقت التحمل .

٤٣/٢٥٠ ديروط (٤٤/٢/٢٩) م ش ٥٨/٣/١٦

□■□

(المبدا ٦) : هل التحمل بنفقة الصغير مقابل الخلع مقيد بكونه رضيعا ام فطيما ؟

يصح الخلع على امساك الولد اذا بين المدة وان لم يبين لا يصح سواء كان الولد رضيعا أو فطيما . وفي المنتقى الى آخر نصها وهذا النص المذكور في حاشية ابن عابدين في باب الخلع .

٤٣/٢٥٠ ديروط (٤٤/٢/٢٩) م ش ٥٨/٣/١٦

(المبدأ ٧) : ركن الطلاق على مال هو الايجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بين الزوجين .

ان ركن الطلاق على مال ـ الذى هو عقد على الطلاق بعوض ـ هو الايجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بين الزوجين ، ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد بدون حصول الايجاب والقبول على الصورة الشرعية المتقدمة الذكر لا يعتبر طلاقا مستوجبا لزوم المال على الزوجة ، فالحكم الذى يعتبر أن الايجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين واستحقاق الزوج للعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغى أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه وتنفيذ هذا الاتفاق بايفائها بعض المال المتفق عليـــه وتسليمه بباقيه سندات اذنيه ، لا على أساس ما دون فى وثيقة الطلاق من أن الخلع قـــد وقع على الابراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها فى هذا الوطن ويتعين نقضه .

نقض ٦/٨١ ق (٢٨/١٠/٣٧)

□■□

(المبدأ ٨) : يصح الخلع على ارضاع الصغير .

يجوز الخلع على ارضـــاعه اذا ولدته الى ســـنتين مثلا ، والبراءة من النفقة اذا ولدته (راجع الدر المختار ورد المحتـــار ص ٥٨٢ ـ ٥٨٣ جـ ٢ ومثله فى البحر)

٤٦/٣٧٤٦ ك س مصر (١٩/٤/٤٨) م ش ٢٠/٨٠

□■□

(المبدأ ١) : تعريف الخلوة .

الخلوة الصحيحة هى أن يجتمع الزوجان فى مكان آمنـين من اطلاع الغير عليهما بغير اذنهما ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسى كالمرض أو طبيعى كوجود ثالث أو شرعى كحيض وصوم فرض ، فاذا فقـد شرط من هذه الشروط كانت الخلوة فاسـدة غير صحيحة . والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح تشارك الوطء فى أحكام كثيرة منها وجـوب العـدة ونواحيهـا فاذا وقعت الفرقة بعـدها لزم الزوج النفقـة ما دامت فى العدة وجميع المهر المسمى او مهر المثل عند عـدم التسـمية ، والخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح تشارك الخلـوة الصحيحة والوطء فى النكاح الصحيح فى وجوب العدة وذلك للاحتياط لتوهم الشغل .

٥٢/١٩٨٤ السيدة (٥٣/٤/٢٢) م ش ١١٧/٢٤

□■□

(المبدأ ٢) : ما هى الخلوة الصحيحة ؟

جاء فى الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٣٠٤ فى باب المهر أن الخلوة الصحيحة أن يجتمعان فى مكان ليس هناك مانع يمنعه من الوطء حسـا أو شرعا أو طبعا كذا فى فتاوى قاضى خان .

٥١/١٤٤٦ السيدة (٥١/١٢/٢٦) ت ـ م ش ٦٨٣/٢٢

□■□

(المبدأ ٣) : يكفى لصحة الخلوة قول مدعيها انها لم يكن بها وقتهـا مانع .

يكفى لصحة الخلوة مضافا لثبوت حصولها قول مدعيها أنها لم يكن بها وقتها مانع حسى ولا شرعى ولا طبيعى .

٥٢/٦٥ ك س طنطا (٥٢/٤/١٣) م ش ٦٤١/٢٢

□■□

(المبدأ ٤) : الخلو الصحيحة .

الخلوة الصحيحة هي ان يجتمع الزوجان فى مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بغير اذنهما وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من الوطء بلا مانع حسى كالمرض أو طبيعى كوجود ثالث أو شرعى كحيض وصوم فرض ، فاذا فقد شرط من هذه الشروط كانت الخلوة فاسدة غير صحيحة ، نص على ذلك فى البحر وفتح القدير والدر المختار وغيرهم وتشارك الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح الوطء فى أحكام كثيرة منها وجوب العدة وتوابعها ، فاذا وقعت الفرقة بعدها لزم الزوج النفقة ـ مادامت زوجته فى العدة ـ وتشارك الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح الخلوة الصحيحة فى النكاح والوطء فى العدة وجوباوذلك للاحتياط لتوهم الشغل .

٣٨/١٣٨٣ كفر الزيات (٤٠/٢/٢٧) ت س م ش ٤٩/١٨

□■□

(المبدأ ٥) : تتحقق الخلوة الصحيحة شرعا باجتماع الزوجين فى مكان واحد وهما آمنان من اطلاع غيرهما عليهما .. الخ ولو كانا فى حجرة رد بابها ولم يغلق .

ومن حيث ان المقرر شرعا ان الزوجين لو افترقا فقالت بعد الدخول او الخلوة الصحيحة ،، وقال الزوج قبل ذلك فالقول له فى للنفقة ، ولها فى المهر ، وقال بعضهم ان القول له فيهما ويرجحه كثير من الفضلاء الآن (انظر الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٣٥٢) ـ وان الخلوة الصحيحة الشرعية التى تقوم مقام الدخول الحقيقى وتؤكد لزوم كل المهر على الزوج تتحقق باجتماع الزوجين فى مكان آمنين من اطلاع الغير عليهما بدون اذنهما وليس هناك مانع حسى أو طبيعى أو شرعى يمنع من الاختلاط الجنسى بينهما ولو كانا فى حجرة رد بابها ولم يغلق (ابن عابدين جزء ٢ ص ٣٤٨) .

٣٠/١٥٠٠ طنطا (٣١/٧/٢٣) ت س م ش ٣٦٧/٣

□■□

(المبدأ ٦) : كل خلوة يمكن معها الوطء حقيقة ، ولكن المنع كان لحق الشرع كالصوم والاحرام والحيض توجب العدة ، وكل خلوة لا يمكن معها الوطء كالمرض المدنف والصغر لا توجب العدة .

يقضى الفقه بأن كل خلوة يمكن معها الوطء حقيقة ولكن المنع كان لحق الشرع توجب العدة . كما لو كان أحدهما صائما او محرما او كانت حائضا . وأن كل خلوة لا يمكن معها الوطء كأن كان احدهما مريضا مرضا مدنفا او صغيرا فانها لا توجب العدة كما نص على ذلك فى الجزء الأول من جامع الفصولين ص ١٩٤ .

٣٣/١٤٧٥ الجمالية (٣٤/٤/٢٦) ت س م ش ٧٣٧/٩

□■□

(المبدأ ٧) : على القاضى الا يتغافل احوال الناس فى زماننا عند تحقق الخلوة .

لا يجوز للقاضى أن يتغافل عن أحوال الناس فى زماننا أو يتغاضى عن الحقائق مهما كانت مرة فالخلوة فى هذا الزمن ــ وفى الاسكندرية بنوع خاص ــ تحصل فى بطن البحار وتحت ظلال الأشجار وعلى متن القطار وفى الحدائق والمتنزهات وفى جوف السيارات وفى أعم الطرقات .

٣٩/٨٢٤ كرموز (٢٤/٤/٤٠)   م ش ٢١١١/٦/٧٢

□■□

(المبدأ ٨) : اثبات الخلوة .

كما تثبت الخلوة باعتراف الزوج تثبت بالبينةوالقرائن القاطعة .

٣٩/٨٢٤ كرموز (٢٤/٤/٤٠)   م ش ١١/٦/٧٢

□■□

(المبدأ ٩) : لا تثبت الخلوة بالقرائن

الخلوة شرعا لا تثبت بالقرائن ، بل لابد من بينة صحيحة .

٤٣/٣٨ المنشية (٤/٣/٤٤) ت س   م ش ٢٢٩/١٧

□■□

(المبدأ ١٠) : القول قول الزوج فى الطلاق قبل الدخول والخلوة والبينة بينة المرأة فى الطلاق بعدهما .

القول قول الزوج فى الطلاق قبل الدخول والخلوة والبينة بينة المرأة فى الطلاق بعدهما على التحقيق أخذا من المعتبرات .

٣٨/١٣٨٣ كفر الزيات (٢٧/٢/٤٠) ت س   م ش ٤٩/١٨

□■□

(المبدأ ١١) : ادعاء المرأة النكاح والخلوة ومطالبتها بكل المهر .

جاء فى انفع الوسائل ص ٣٩ (فاذا جاءت المرأة الى القاضى وادعت النكاح والخلوة وطالبته بكل المهر فلا يخلو اما ان صدق الزوج على ذلك أو كذب فان صدق وطلبت من القاضى الحكم بتاكد المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية فانه يجيبها ويحكم عليه بتاكد كل المهر المسمى مع العلم بالخلاف فيه وان صدقها الزوج على النكاح وكذبها فى الخلوة يحلف بالله انه

ما خلا بها خلوة صحيحة فان حلف ولا بينة لها لم يتأكد مهرها كله وان اقامت بينة بالخلوة الصحيحة قبلت وحكم عليه بتأكد مهرها كله كما يحكم عليه فى صورة تصديقه فى ذلك) ، وفى الأشباه أن القول قوله اذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لنافيه لأن الأصل العدم ولو قالت طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر وقال قبله ولك نصف المهر فالقول لها فى وجوب العدة عليها وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل بنتها وأربع سواها واختها للحال . وفى مبسوط السرخسى أول باب الرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح (واذا شهد رجل وامرأتان على طلاق امرأة ورجل وامرأتان على دخوله بها فقضى القاضى بالصداق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر لأن شهود الطلاق الزموه نصف المهر وشهود الدخول الزموه كل المهر) الى ان قال « ولولا شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر ، وبما أن هذه النقول وهى مروية فى كتب ظاهر الرواية التى تقدم على غيرها عند الترجيح تدل على ان الأرجح ان القول قول من ينفى الخلوة أو الدخول والبينة بينة من يدعى ذلك ، وهذا يؤيده أيضا القواعد العامة فان من هذه القواعد المقررة ان القول قول من يشهد له الظاهر وهو معنا شاهد لمن ينفى الخلوة وان البينات شرعت للاثبات لا للنفى وان اليمين انما هى على النفى لا على الاثبات .

٥١/١٤٤٦ السيدة (٥١/١٢/٢٦) ت س م ش ٦٣٨/٢٢

□■□

(المبدأ ١٢) : الطلاق بعد الخلوة الصحيحة يوجب نفقة العدة .

الطلاق بعد خلوة الزوج بزوجته خلوة صحيحة يوجب نفقة العدة لها عليه .

٣٩/٨٢٤ كرموز (٤٠/٤/٢٤) م ش ٧٢/٦/١١

□■□

(المبدأ ١٣) : اقرار المدعى عليه بحصول الخلوة الصحيحة ، اعتراف منه باستحقاقها المهر كاملا ونفقة العدة .

اقرار المدعى عليه بحصول الخلوة الصحيحة اعتراف منه باستحقاقها المهر كاملا ونفقة العدة فيقبل منه لأنه غير متهم فيه ويجب التعويل عليه وايجاب العدة عليها بهذه الخلوة ، وفضلا عن ذلك فان العدة تجب فى كل خلوة ولو فاسدة من باب الاحتياط استحسانا كمانص عليه ، ص ٣٥٣ من الجزء الثانى من ابن عابدين فى باب المهر و ص ١٥٥ من الجزء الثالث من

البحر حيث ورد فيه ما نصه : (وتجب العدة على المطلقة بعد الخلوة احتياطيا وانما افرد هذا الحكم مع انه معلوم من جعلها كالوطء لأن هذا الحكم لا يخص الصحيحة بل حكم الخلوة ولو فاسدة احتياطيا استحسانا لتوهم الشغل ، والعدة حق للشرع والولد لأجل النسب فلا تصدق فى ابطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط فى ايجابه .

٣٢/١٠٧٥ اسيوط (٣٣/٩/٦) ت س م ش ٥/٥٨٤

□■□

(المبدا ١٤) : القول قول الزوج بيمينه فى دعوى الدخول وعدمه ــ ولا يحلف الا بطلب الزوجة .

من حيث ان النزاع منحصر فى مسالة الدخول والخلوة ــ فالمدعية تقول انه طلقها بعد الخلوة والدخول والمدعى عليه يقول انه طلقها قبل الدخول والخلوة والقول قوله فى ذلك .

ومن حيث انه جاء فى التنوير والدر المختار فى باب المهر ما نصه : « ولو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول ، فالقول لها لانكارها ، سقوط نصف المهر » . وجاء فى رد المحتار تعليقا على ذلك ان المراد هنا الاختلاف فى الخلوة مع الوطء او فى الخلوة المجردة ، وان هذا الحكم فى قنية الزاهدى ، ونظر ابن وهبان وقال فى شرحه أنه لم يظفر به ولا يوجد ما يناقضه وهو متمش مع القواعد وان ابن عابدين راى ذلك فى حاوى الزاهدى وانه حكى فيه قولين فنقل أن القول قولها عن المحيط وكتاب آخر ، ونقل عن الأسرار أن القول قوله ثم استظهر ابن عابدين ارجحية القول الأول لما ذكره ص ٢٥٢ جزء ٢ ، ولكن استظهار ابن عابدين لا يمكن تسليمه ولا الأخذ به لما يأتى :

١ ــ جاء فى الأشباه فى قاعدة « الأصل العدم » ما نصه : « منها القول قول نافى الوطء لأن الأصل العدم لكن قالوا فى العنين لو ادعى الوطء وانكرت وقالت : بكر ،خيرت ــ وفى القنية : افترقا وقالت : افترقنا بعد الدخول ــ وقال الزوج قبله فالقول قولها لأنها تنكر سقوط المهر (ص ٩٣ جزء ١) ، وقال هبة الله البعلى تعليقا على ذلك فى شرح الأشباه (وفى خروج هذه المسالة عن الأصل نظر لما سيصرح به من ان القول لها فى وجوب العدة وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل بنتها واربع سواها واختها للحال فيعلم منه أن القول لنافى الوطء وهو الزوج فيكون من فروع الأصل لا فى حق وجوب العدة فان القول قولها)فظهر ان فرع القنية هو خارج عن القاعدة وان غيره هو المتمشى معها .

٢ ــ جاء فى الفن الثالث من الأشباه أيضا ما نصه (اذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لنافيه) ثم نقل (الثالثة) لو قالت طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر ، وقال قبله ولك نصفه فالقول لها فى وجوب العدة عليها وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل بنتها واربع سواها واختها للحال) (ص ١٩٠ جزء ٢) ، فتراه قدذكر الحكم جازما مع اطلاعه على فرع القنيــة فيــكون ذلك عدم امتــداد منــه به ولم يعلق على ذلك أحــد من شراحهــا وحواشيها .

٣ ــ أن ما فى الأشباه مؤيد بقاعدة « أن القول قول من يشهد له الظاهر وهو شاهد للنافى لما هو واضح ــ ومؤيد أيضا بقاعدة « أن البينات شرعت للاثبات لا للنفى ، اذ لو كان القول قولها لكانت البينة بينته على عدم الدخول فتكون قائمة على النفى الذى لا يحيط به علم الشــاهد ــ ومؤيد بقاعدة أن التحليف انما يكون على النفى لا على الاثبات اذ لو كا نالقول قولهــا لــكان عليها اليمين ويكون حلفها على أنه خلا بها وذلك حلف على الاثبات .

٤ ــ أنه لا يعلم خلاف مطلقا فى ان القول قوله فى النفقةوالسكنى ولو كان فروع القنية هو الأرجح لوجب أن يكون الحكم كذلك فى النفقة لأنها تجب بالزوجية وهو منكر لسقوطها والمراة تنــكر العــارض وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للنفقة .

٥ ــ قال فى انفع الوســائل : (فاذا جاءت المــرأة الى القاضى وادعت النكاح والخلوة وطالبته بكل المهر فلا يخلو أما أن صدق الزوج عل ىذلك أو كذب فان صدق وطلبت من القاضى الحكم بتأكد كل المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية فانه يجيبها الى ذلك ويحكم لها عليه بتأكد كل المسمى مع العلم بالخلاف فيه ــ وان صدق الزوج على النكاح وكذبها فى الخلوة يحلف بالله ما خلا بها خلوة صحيحة فان حلف ولا بينة لها لم يتاكد مهرها كله وان أقامت بينة بالخلوة الصحيحة قبلت وحكم عليه بتأكد مهرها كله كمــا يحكم عليه فى صورة تصديقه فى ذلك ص ٢٩ ، فانت ترى عند اختلافهما فى الخلوة وعدمها يكون القول قوله والبينة بينتها ولافرق بين هذا وما نحن فيه الافىأن موضوعنا فى الاختلاف بعد الطلاق وموضوع هذا النص ظاهر أنه فيما قبــل الطلاق ولكن هذا الفرق لا اثر له فى موضوع النزاع .

٦ ــ جاء فى المبسوط للسرخسى أول با بالرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح مانصــه : « واذا شــهد رجل وامراتان على طلاق امــرأة ، ورجل وامراتان على دخوله بها ، فقضى القــاضى بالصداق والطــلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة ارباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر لأن شهود

الطلاق الزموه نصف المهر وشهود الدخول الزموه جميع المهر ، ثم قال بعد كلام (ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر (ص ٢ جزء ١٧) وهذا دليل على أن القول قوله هو لوجهين :

(١) انه قبل بينتها على الدخول ولو كان القول قولها لكانت البينة بينته هو لا بينتها ، (٢) أنه لو كان القول قولها ما استقام قول المبسوط (ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر) ومعلوم ان مبسوط السرخسى جمع ظاهر الرواية فما ورد فيه مقدم على غيره كما هو منصوص ومعروف .

فتبين من كل ما تقدم ان فى المسألة قولين وانه لم يصرح بترجيح احدهما على الآخر ، واستظهار ابن عابدين لا يلتفت اليه لأنه ليس من أهل الترجيح وأن كون القول قول النافى هو المصرح به فى معتبرات المصنفات ، ومتفق مع القواعد ومع ما قيل فى النفقة والسكنى وبقية الأحكام سوى وجوب العدة ، وانه هو الذى يدل عليه ما فى مبسوط السرخسى فهو اذن ظاهر الرواية ، وكفى بذلك دليلا على انه هو الراجح فيجب الأخذ به شرعا ونظاما ، أما ما جاء فى المهدية فليس الا نقلا لما جاء فى التنوير عن القنية .

ومن حيث ان وكيلها متمسك بأن القول لقول موكلته وان البينة بينتها واصر على ذلك فهو لا يريد تقديم اثبات على الدخول ، ومن حيث انه وان كان النص الواجب الأخذ به يقضى ان « القول قوله بيمينه » الا أن اليمين لا تكون فى هذه الحالة الا بطلب منها فليس هذا من المواضع التى يحلف فيها بلا طلب وقد اصر وكيلها على أنه يريد يمينه .

ومن حيث انه بالطلاق قبل الدخول ينتصف المهر وللزوج أن يسترد منها ما زاد على النصف .

١٦٢٩/٢٨ ازبكية (٢٩/٥/٤)　　　　م ش ٣٨٣/٢

□■□

(المبدا ١٥) : الصبى المراهق خلوته صحيحة وتجب بها العدة ـ لا مانع من أن يصل الزوج المراهق الى زوجته لأن اعضاء التناسل تكون فى هذه السن ذاهبة دائما الى نموها ويحصل النشاط الجنسى من حين الى آخر بسبب تهيج الدم خصوصا اذا لاقت الملامسات التى توقظ فيها الاحساس من غفلته .

قالت المدعية انها كانت بكرا وقت الزواج وانها الآن ثيب ، وان بكارتها ازيلت بالعارض الذى ذكرته ، وقد انكر ذلك الزوج وقال انه اصابها بحجره

والنص الفقهى يقضى بتصديقه بيمينه ، ولا مانع من هذه الاصابة فى هذه الحالة لأن المدعية قالت ان سن المدعى عليه ابان معاشرته اياها حوالى الاثنتى عشرة سنة والصبى اذا بلغ هذه السن كان مراهقا وخلوته صحيحة وتجب بها العدة ، كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من الدر المختار ص ٣٤٧ ووقاعه ممكن ويكفى فى حصوله الايلاج ، ولو لم تصحبه الشهوة لأن أعضاء التناسل تكون فى هذه السن ذاهبة دائما الى نموها ويحصل النشاط الجنسى من حين الى آخر بسبب تهيج الدم خصوصا اذا لاقت الملامسات التى توقظ فيها الاحساس من غفلته .

٢٩/٩٨ العياط (٦/١/٣٠) م ش ١/٣٠ص٥

□■□

(المبدأ ١٦) : الخلوة الصحيحة توجب جميع المهر المسمى (١) .

تستحق الزوجة بالخلوة الصحيحة جميع المهر المسمى .

٤٩/٨٢٤ كرموز (٢٤/٤/٤٠) م ش ١١/٦/٧٢

---

(١) قال صاحب المبسوط ان « الخلوة بين الزوجين البالغين المسلمين وراء ستر أو باب مغلق توجب المهر والعدة ، وقال ان حجتنا فى ذلك قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض) نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة ؛ فان الافضاء عبارة عن الخلوة ، ومنه يسمى المكان الخالى فضاء ، ومنه قول القائل افضيت اليه بسرى اى خلوت به وذكرت له سرى ؛ وتبين بهذا ان المراد بما تلى المسيس او ما يقوم مقامه وهى الخلوة ؛ وعن عبد الرحمن ابن ثوبان رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كشف قناع امرأته وقبلها فلها المهر كاملا دخل بها او لم يدخل » . ولما فرق عمر وعلى رضى الله عنهما بين انعنين وامرأته الزوجة كامل المهر وقالا ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم وعن زرارة ابن ابى أنه قال : مضت السنة من الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم أن من اغلق على امرأته بابا او ارخى حجابا كان عليه المهر كاملا دخل بها او لم يدخل بها ، ولانها اتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها فى البدل كما اذا وطئها الزوج ، وهذا لان البدل فى عقود المعاوضات يتقرر بتسليم من له البدل لا باستيفاء من عليه كما فى البيع والاجارة اذا خلى البائع بين المبيع والمشترى أو خلى الاجر بين الدار والمستأجر فى المدة يتقرر البدل وان لم يستوف،لهذا لانا لو علقنا تقرر البدل بالاستيفاء امتنع من ذلك قصدا منه الى الاضرار بمن له البدل ، واذا ثبت ان المعتبر التسليم فالمستحق بالعقدة عليها ما فى وسعها ، وفى وسعها تسليم النفس فى حال زوال المانع لا حقيقة استيفاء الوطء فاذا اتت بما هو المستحق تقرر حقها فى البدل على أن تقام نفسها مقام حقيقة المعقود عليه ؛ كما انه فى جواز العقد اقيمت نفسها مقام المعقود عليه فكذلك فى حكم التسليم لان تقرر البدل بتسليم ما باعتباره يجوز العقد ، وهذا بخلاف حق الرجعة فان ذلك من حق الزوج وهو متمكن من حقيقة الاستيفاء فاذا لم يفعل فهو الذى ابطل حق نفسه (راجع المبسوط جزء خامس ص ٤٩) .

(المبدأ ١٧) : اذا اختلفا فى الخلوة كان القول قول الزوج والبينة بينة الزوجة فاذا أصرت على ان القول قولهــا والبينة بينتــه تعتبر عاجزة عن الاثبات ــ لا تثبت الخلوة بالقرائن .

ان النــزاع بين الطرفين فى الخلوة قالت بهــا ، وقال هو بعــدمها ، والمسألة محل خلاف بين فقهاء المذهب ، وأن فيهــا قولين ، لم يصرح فى الكتب بترجيح احدهما على الآخر ــ ولكن أحد القولين تؤيده القواعد العامة المرعيــة فى المذهب ، وكونه مرويا فى ظاهر كتب الرواية التى تقــدم على غيرها عند الترجيح . ففى الأشــباه (أن القول قوله اذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لنافيه لان الأصل العدم ــ ولو قالت طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر ، وقال قبله ولك نصف المهر فالقول لها فى وجوب العــدة عليها ، وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة ، وفى حل بنتها واربع سواها واختها للحال) ــ وفى أنفع الوسائل (فاذا جاءت المرأة الى القاضى وادعت النكاح والخلوه وطالبته بكل المهر فلا يخلو اما ان صدق الزوج على ذلك او كذب فان صدق وطلبت من القاضى الحكم بتأكد كل المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية فانه يجيبها ويحكم لها عليه بتأكد المهر المسمى مع العلم بالخلاف فيه ، وان صدق الزوج على النكاح وكذبها فى الخلوة يحلف بالله أنه ما خلا بها خلوة صحيحة فان حلف ولا بينــة لها لم يتأكد مهرها كله ، وان اقامت بينة بالخلوة الصحيحة قبلت وحكم عليــه بتأكد مهرها كله ، كما يحكم عليه فى صورة تصديقه . وفى مبسوط السرخسى ــ واذا شــهد رجل وامــراتان على طلاق امــرأة ورجل وامــراتان على دخــوله بها فقضى القاضى بالطلاق والصداق ثم رجعوا فعلى شــهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر لأن شــهود الطلاق الزموه نصف المهر ، وشهود الدخول ألزموه كل المهر والتعليل ظاهر . وفى الدر المختار ورد المحتار (لو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها لانكارها سقوط نصف المهر ، وفى رد المحتار أن فى هذه المسألة قولين أحدهما هذا والآخر أن القول قوله واستظهار أرجحية القول الأول لذكره فى القنية . وتميل المحكمة الى الأخذ بالقول الأول المروى عن الأشباه وكتب ظاهر الرواية لأنه يتفق والقواعد العامة فان المقرر فى المذهب ان القول قول من يشهد له الظاهر .

٤٣/٣٨ المنشية (٤٩/٤/٤) ت س   م ش ٣٩٩/١٧

□■□

«د»

دعوى

دفع

دوطة

ديانة

دعـــوى (١)

١ ــ الدعوى ــ لغة «قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره» . وفى اصطلاح الفقهاء « قول مقبول عند القاضي يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره او دفعه عن حق نفسه » ، وهـــذا التعريف يشمل دعوى دفع التعرض دون دعوى قطع النزاع .

وركن الدعوى اللفظ الدال على اضافة المدعى الحق لنفسه أو الى من هو نائب عنه فالأول يتحقق عندما يكون الانسان مدعيا شيئا لنفســه بأن يقول ان لى على فلان (ويميزه عن غيره تميزا كافيا (ألف جنيه مثلا). والثانى يتحقق عندما يكون الانسان مدعيا بصفته وليا أو وصيا او وكيلا عن صاحب الحق ــ ولا بد أن يكون ذلك حال النزاع حتى يتحقق التخاصم فتخرج الاضافة حالة المسالمة لعدم الخصومة .

وشروط صحة الدعوى اربعـــة ــ نوع يتعلق بنفس الدعوى ، ونوع يتعلق بالمدعى ، ونوع يتعلق بالمدعى عليه ، ونوع يتعلق بالمدعى به .

اولا ــ الشروط المختصة بنفس الدعوى هى :

١ ــ أن تكون بألفاظ تدل على الجزم والتحقق .

٢ ــ أن تكون فى وجه الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر ، لأن القضاء على الغائب وله لا يجوز (الا فى بعض المسائل) .

٣ ــ أن تكون فى مجلس القضـــاء ، فالدعوى فى غـــيره لا تعتبر شرعا فلا يترتب عليها حكما .

٤ ــ أن تكون بلســان المدعى سواء كان مدعيـــا الحق لنفســه أو لمن هو نائب عنه .

٥ ــ أن لا تكون مناقضة لشيء وجد من المدعى قبلها لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه .

٦ ــ أن يطلب من القاضى الحكم على المدعى عليـــه بتسليم المدعى به وعدم منازعته فيه .

٧ ــ أن تكون الدعوى مشتملة على بيان المدعى به بيانا كافيا لا سبيل للبس معه فى شيء .

. . . .

٨ ــ أن يطلب المدعي من القاضي سؤال المدعى عليه عن الدعوى حتى يجيب بالاثبات او السلب فليس للقاضي أن يجبره على الاجابة قبل طلب سؤاله لجواز انه اعرض عن الدعوى بعد بيانها فيكون النزاع قد انحسم فلا داعي الى تجديده بواسطة القاضي لأنه انما نصب لقطع المنازعات لا لانشائها والبعض لا يشترط هذا الشرط لأن المفهوم من جهة العوائد وشهود الحال أن احضار الخصم والدعوى عليه مغنية عن النطق بسؤال القاضي للخصم وهذا هو الظاهر من مذاهب العلماء كما هو منصوص فى معين الحكام .

٩ ــ اذا كان المدعى به عينا سواء كان عقارا أو منقولا فلا بد من أن يذكر فى دعواه أن المدعى عليه واضع يده على المدعى به بغير حق .

١٠ ــ اذا كان المدعى به منقولا ويمكن حضوره الى مجلس القضاء بغير نفقة فلابد من أن يطلب المدعي فى دعواه احضاره الى مجلس القضاء ليشير اليه فى الدعوى ويشير اليه الشهود عند اداء شهادتهم أو يشير اليه المدعى عليه عند اليمين اذا عجز المدعي عن الاثبات وطلب يمينه .

ثانيا ــ الشروط التى يلزم وجودها فى المدعي :

١ ــ أن يكون أهلا للدعوى ــ بأن يكون عاقلا .

٢ ــ أن تكون له صفة فى الدعوى ــ والصفة فى الدعوى تختلف باختلاف المدعى به لأنه ان كان من حقوق العباد فلا تثبت الا اذا كان صاحب الحق أو وليه أو وكيله ، وان كان من حقوق الله تعالى فالصفة ثابتة لكل فرد لأن هذا من قبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهما واجبان على الكافة .

ثالثا ــ الشروط التى يلزم وجودها فى المدعى عليه هى :

١ ــ أن يكون عاقلا فلا تصح الدعوى على مجنون أو صبى غير مميز لأن كل منهما لا يصلح خصما لجواز ان تكون هناك أدلة تبطل دعوى المدعي وكل منهما لا تهتدى اليها لعدم جواز تمييزه وانما يقوم مقامه فى الخصومة من له الولاية على أمواله من ولى او وصى فاذا كان الصبى مميزا صلح أن يكون خصما اذا كان مأذونا له .

٢ ــ أن يكون ذا شأن فى الدعوى .

٣ ــ أن يكون معلوما .

٤ ــ أن يكون المدعى عليه ملزما بشىء على فرض ثبوت الدعوى .

(المبدا ١) : تعريف الدعوى .

عرف الفقهاء الدعوى بانها قول مقبول يراد به اثبات حق على الغير او دفع تعرض ، وغير خاف ان معنى ذلك ان المدعى به اما أن يكون تحت يد المدعى عليه فيطلب المدعى الحكم بتسليمه اليه ، أو يكون تحت يد المدعى ولكن المدعى عليه يتعرض له فيه وينازعه فى ملكيته اياه بغير حق فيطلب الحكم بمنعه من ذلك التعرض ليطمئن به ولا ثالث لهذين الأمرين ما دام المفروض أن المتقاضين من العقلاء والقول بوجود أمر ثالث وهو أن يكون المدعى به فى يد رجل فيأتى زيد ينازع عمرا فيه تاركا ذلك الرجل بلا منازعة فيه فليس فى الفقه ما يؤيد سماع مثل هذا القول ، ومن ادعى فعليه البيان ، كما ان عقول العقلاء لا تتسع لمثل هذا الهراء اذ لا معنى لان عاقلا يترك حقه فى يد زيد ثم يعمد لبكر ينازعه فيه ، اللهم الا أن يكون المدعى يقصد بدعواه هذه الحصول على حكم بعدم التعرض .

٢٩/٣٠٤ السيدة (١٣/١١/٣٠) ت س م ش ٦١٤/٢

□■□

(المبدا ٢) : الدعوى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل الغير او دفعه .

اجمع الفقهاء على تعريف الدعوى فقالوا : « هى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه » ، وقال صاحب الدر المختار « دخل دعوى دفع التعرض فتسمع ، به يفتى بزازية بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع سراجية » وقال صاحب رد المحتار تعليقا على ذلك (قال فى البحر اعلم انه سئل قارىء الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره فأجاب لا يجسر المدعى على الدعوى لأن الحق له ثم قال ولا يعارضه ما نقلوه فى الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض وهى مسموعة كما فى البزازية والخزانة) جزء ٤ من كتاب الدعوى .

٤٤/٩٧٣ نجع حمادى (٢٥/٦/٤٥) م ش ٢٧١/٩/١٦

□■□

=

رابعا ــ الشروط التى يلزم وجودها فى المدعى به :

١ ــ أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت عقلا أو عادة فدعوى المستحيل فى العقل أو فى العادة غير صحيحة لتيقن الكذب فى العقلى وظهوره فى المستحيل العادى .

٢ ــ أن يكون المدعى به معلوما فلو كان مجهولا لم تصح الدعوى .

(المبدا ٣) : الاختصام الى القضاء امر متعلق بوظيفة السلطة القضائية .

قبول الطعن بالنقض شرطه ان يكون بين خصوم حقيقيين فى النزاع.

لا قضاء الا فى خصومة بشأن حق متنازع فيه . والاحتكام الى القضاء أمر متعلق بالوظيفة العامة للسلطة القضائية ، وتنظمه القواعد القانونية العامة ، من أجل ذلك جرى قضاء النقض على أن الطعن لديها لا يكون مقبولا الا اذا كان بين خصوم حقيقيين فى النزاع الذى فصل فيه الحكم المطعون فيه بأن تنازعوا الحق المدعى به بينهم وظلوا كذلك حتى صدر ذلك الحكم . لما كان ذلك وكان البين من أوراق الطعن أن أحدا من الخصوم لم يطلب الى محكمة الموضوع الحكم على المطعون عليه الأول بشىء ما ، وكان موقفه من الخصومة سلبيا ، ولم يقض الحكم المطعون فيه بشىء عليه ، فانه لا يكون من ثم من الخصوم الحقيقيين فى الدعوى الصادر بها ذلك الحكم ، ويكون اختصاصه فى هذا الطعن فى غير محله .

نقض ١٠٤/٤٤ ق   س ٣٠ ص ١٥٧

□■□

(المبدا ٤) : الدعوى قول مقبول يراد به اثبات حق على الغير او دفع تعرض له .

ان الدعوى قول مقبول يراد به اثبات حق على الغير أو دفع التعرض له بمعنى أن يكون المدعى به فى يد المدعى عليه فيطلب المدعى الحكم له عليه بتسليمه اليه أو يكون فى يد المدعى ولكن المدعى عليه يتعرض فيه فيطلب المدعى الحكم له عليه بمنع تعرضه له فيه ولا ثالث للأمرين .

١٦٠/٣١ شبراخيت (٣٢/٢/١٨)   م ش ٧٦٦/٥

□■□

(المبدا ٥) : الخصومة لا تتحقق شرعا الا بالدعوى .

ان الخصومة لا تتحقق شرعا الا بالدعوى وهى لا تكون الا أمام القاضى اذ هى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفع الخصم من حق نفسه (شرح الدر أول كتاب الدعوى) .

٣١/٤٩ ديروط (٤٩/٢/٢٨)   م ش ٢٣٣/٢٢

□■□

(المبدا ٦) : يجب على الامام ان يسمع الخصومات فيما نهى عنه .

نص الفقهاء على انه يجب على الامام ان ينصب ويسمع الخصومات فيما نهى عنه لمضى الخمس عشرة سنة والا كان آثما حتى لا يضيع الحقوق وسلطاننا قد أعطانا ذلك فى لائحتنا ولم ينهنا عن السماع الا فى حالة خاصة هى حالة مضى الخمس عشرة سنة او الثلاث والثلاثين فى غير حالة الاقرار وجعلها خاصة بحالة الانكار المطلق التام فى تلك المدة جميعها .

٤٤/٧٥٦ ديروط   م ش ١٦/٥/١٩٦٥

□■□

(المبدا ٧) : الحق فى رفع الدعوى هو حق مقرر لكل من آنس مساسا بحق مقرر له .

حيث انه وان كان الحق فى رفع الدعوى ــ ومنها الدعوى الشرعية ــ هو حق مقرر لكل من انس مساسا بحق مقرر له وليس لأحد عليه حق المنع من تمكينه فى المضى فى دعواه بما يراه هو لها من تكييف قانونى صحيح أو غير صحيح الا انه حق ككل الحقوق لا يجوز من الوجهة القانونية الصحيحة استخدامه لمجرد النيل من الغير والكيد له اذ الحق فى يد صاحبه ، وبما للحق من القداسة لدى حامله حتى تقف فيه المنفعة المرجوة منه عند حد عدم المضى فى نفاذه من طريق التشبع بنية الحاق الضرر بالغير ولمجرد الحاق الضرر فحسب . ويستحيل على القاضى (وقد تبينت له وجود التعسف فى استعمال الحق وبانت له الأغراض الحقيقية التى يرمى اليها من يدعى الحق فى رفع الدعوى بوجه عام ، وكانت الأغراض غير جدية وتنصرف حتما الى مضايقة الخصم لا الى الرغبة فى الوصول الى نتيجة جدية يحميها القانون) يستحيل عليه أن يقر الأعمال التعسفية من طريق تمكين القائمين بها تمكينا مباشرا أو غير مباشر بل يجب قانونا وعدلا وعملا الوقوف فى سبيل المضى فى استخدام الحق استخداما تعسفيا والحيلولة بين المتعسف وتحقيق رغبته . ومن ثم لامحل لايقاف الدعوى حتى يفصل فى الدعوى الشرعية الخاصة بالوراثة وقد تبينت المحكمة الأغراض الحقيقية من رفعها ــ اذ فى الايقاف معنى تمكين الخصم من المضى فى طريق الاعتساف فى استعمال حق رفع الدعوى الشرعية فى الوقت الذى قامت فيه الأدلة التى لا شك فيها بأن الوراثة وحصص الوراثة أمور مقطوع فيها بالاقرارات الرسمية وبأوراق رسمية وفى ظروف عدة وأوقات مختلفة وتأييد وجهة النظر هذه قانونا ومن جهة اخرى غير جهة التعسف فى استعمال

الحق والخروج من الفرض الاجتماعى المقرر له فى أن الفصل فى هذه الدعوى لا يعتبر فصلا فى الوراثة بل الحكم فيها قاصر على ظروفها .
٢٥/٧١٦ ك مصر (٢٧/٥/٢٩) م ش ١/٤٧٤

□■□

(المبدا ٨) : الخصومة والدعوى ماهية كل منهما .

الدعوى هى حق الالتجاء الى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به . اما الخصومة فهى وسيلة ، ذلك أنها مجموعة الأعمال الاجرائية التى يطرح بها هذا الادعاء على القضاء ويتم تحقيقه والفصل فيه، وقانون المرافعات هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الخصومة بينما القانون المدنى هو الذى ينظم قواعد سقوط وانقضاء الحقوق والدعاوى بمضى المدة .

انقضاء الخصومة لا يترتب عليه اى مساس باصل الحق المرفوعة به الدعوى بل يبقى خاضعا فى انقضائه للقواعد المقررة فى القانون المدنى .
نقض ٤٨/١٤٥١ ق س ٣١ ص ٣٦٧ ح ١

□■□

(المبدا ٩) : الخصومة لا تنعقد الا بين الأحياء .

من المقرر أن الخصومة لا تنعقد الا بين اشخاص موجودين على قيد الحياة ، ومن ثم فانها فى مواجهة الخصم المتوفى تكون معدومة ولا ترتب اثرا .
نقض ٤٥/١٠٥١ ق س ٣١ ص ٣٧ ح ١

□■□

(المبدا ١٠) : الحقوق القضائية لا يقصد منها سوى الدعاوى المرفوعة او التى ترفع بشان حقوق الزوجية كلها او بعضها ـ اما الحقوق الشرعية فالمفهوم منها جميع الحقوق التى تترتب بمقتضى عقد الزواج ومستلزماته من نفقة وصداق وغيره .

الحقوق القضائية لا يقصد منها سوى الدعاوى المرفوعة أو التى ترفع بشأن حقوق الزوجية كلها او بعضها ، اما الحقوق الشرعية فالمفهوم منها جميع الحقوق التى ترتبت للمدعية على المدعى عليه بمقتضى عقد

الزواج الذى تم بينهما من نفقة وصداق وغير ذلك مما هو من نتائج الزواج ومستلزماته .

٣٩/٢٧٨٣ س ك مصر (٤٠/١٠/١٠) م ش ٨٩/٢/١٢

□■□

(المبدأ ١١) : الدعوى طريق المطالبة بالحق وهى حق مقرر شرعا وقانونا لكل ذى حق .

لكل ذى حق أن يطالب به ولا طريق الى ذلك الا الدعوى وهو حق مقرر شرعا وقانونا لكل ذى حق فلا يحول بينه وبين استعمال هذا الحق صدور حكم فى خصومة لم يكن طرفا فيها ولو كان هذا الحكم قد تناول البحث أو الفصل فى سبب ما يدعيه .

٤٦/٢٢ ك أسيوط (٤٩/١/١٦) ت س م ش ٦١/٢١

□■□

(المبدأ ١٢) : تطبيق أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية انما يكون فيما عدا ما ورد بشأنه نص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين المكملة لها .

تطبيق احكام قانون المرافعات فى الاجراءت المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية انما يكون فيما عدا ما ورد بشأنه قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين المكملة لها وفيما يستجد مناجراءات بعد احالة الدعاوى الشرعية الى المحاكم المدنية .

نفض ٢٦/١١ق (٥٧/٢/٢٨) س ١٩٤/٨

□■□

(المبدأ ١٣) : اختصاص محكمة الأحوال الشخصية للولاية على على المال بالفصل فى مواد الحساب بين عدم الأهلية او ناقصها وبين النائب عنهما ـ مناطه قيام المادة امامها .

عدم تقديم الحساب الى المحكمة ـ اثره

النص فى المادة ٩٧٠ من قانون المرافعات من انه اذا انتهت الولاية على المال تظل المحكمة المرفوعة اليها المادة مختصة بالفصل فى الحساب

الذى قدم لها . والنص فى المادة ١٠٠٨ من هذا القانون باختصاص المحكمة المنظور امامها المادة دون غيرها بالفصل فى حساب النائب عن عديم الأهلية او الوكيل عن النائب او المدير المؤقت مفادهما ان اختصاص الفصل فى مسائل الحساب بين عديم الأهلية او ناقصها وبين النائب عنهما معقود للمحكمة المرفوع اليها مادة الولاية على المال ، وهو اختصاص اصيل تنفرد به ، مانع لأية جهة أخرى من نظره باعتبار انها اقدر من غيرها من المحاكم على الفصل فى حساب الادارة التى تشرف عليها وتوجهها وفقا للقانون ، الا ان مناط اختصاصها فى هذا الصدد هو ان تكون المادة لا تزال قائمة لديها ، فاذا انتهت بانتهاء الولاية على المال أصبح اختصاصها قاصرا على الفصل فيما قدم اليها فعلا من الحساب ، فان لم يكن قد قدم لها الحساب فان ذلك لا يحول دون القاصر الذى بلغ سن الرشد ورفعت عنه الوصاية والالتجاء الى طريق الدعوى العادية يسلكها أمام المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات لمطالبة الوصى بتقديم حساب عن وصايته . فاذا كان الثابت ان الوصى لم يقدم لمحكمة الولاية على المال كشوف الحساب ، وقد أصدرت المحكمة قرارا كلفته فيه بتقديم كشوف هذا الحساب وكشوف السنة التالية له ، واذ لم يقدم الحساب فقد اصدرت قرارا باحالة الأوراق الى النيابة العامة لاجراء تحقيق معه لامتناعه عن تسليم القاصر الذى بلغ سن الرشد امواله بعد رفع الوصاية عنه ، ومن ثم فان فترة الحساب ـ حتى بلوغ القاصر سن الرشد ـ لم يكن الوصى قد قدم عنها حسابا فعلا لمحكمة الولاية على المال حتى انتهت الوصاية الأمر الذى ينيط بمحكمة اول درجة اختصاص الفصل فيه .

نقض ٤٧/٧٠٣ ق — س ٣١ ص ١٠١٨ ح ١

□■□

(المبدأ ١٤) : الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية قبل الغائها ـ خضوعها للاجراءات المنصوص عليها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

مفاد المواد ٥ ، ٦ /١ من القانون رقم ٤٦٢/١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، والمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية أن الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، تظل خاضعة للائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين الأخرى الخاصة بها . وان خلت هذه اللائحة ، وتلك القوانين من تنظيم للاجراءات فى الدعاوى المذكورة فعندئذ تتبع الاجراءات المبينة بقانون المرافعات بما فى ذلك ما ورد بالكتاب الرابع منه.

طعن ٤٩/٦١ ق — س ٣١ ص ١٠٥٠ ح ١

□■□

(المبدأ ١٥) : يجب نظر الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية للولاية على المال فى غرفة مشورة فى جلسة سرية . مخالفة ذلك أثره بطلان الحكم.

النص فى المادة ٨٧١ من قانون المرافعات الواردة فى الفصل الثانى من الباب الأول من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية على أن « تنظر المحكمة فى الطلب منعقدة فى غرفة مشورة بحضور أحد اعضاء النيابة العامة وتصدر حكمها علنا » والنص فى المادة ٨٧٨ على أن « ينظر الاستئناف فى غرفة مشورة على وجه السرعة وتفصل فيه المحكمة وفقا للأحكام والاجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٨٧٠ ، ٨٧١ » يدل على أن الشرع أوجب نظر الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فى غرفة مشورة ومؤدى هذا أن يكون نظر هذه الدعاوى فى جلسات سرية . وقد اكدت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٩٥١/١٢٦ الذى اضاف الكتاب الرابع الى قانون المرافعات هذا المعنى بقولها أن تنظر المحكمة الطلب فى غرفة مشورة تتوافر به السرية الواجبة لمسائل قد تكون أولى المسائل بذلك ، وبذا يتعين وجوب نظرها فى غير علانية ، ولما كان مراعاة السرية فى هذا الخصوص هو أمر من النظام العام لتعلقه بنظم التقاضى ، وانه يترتب على مخالفته بطلان الأحكام الصادرة فى هذه الدعاوى دون حاجة للنص عليه صراحة لما كان ما تقدم . وكان طلب سلب الولاية من طلبات الأحوال الشخصية للولاية على المال التى يجب أن تنظر فى جلسة سرية وكان الثابت من محاضر الجلسات انه نظر امام محكمة الاستئناف فى جلسة علنية بما يترتب عليه بطلان الحكم المطعون فيه .

طعن ٤٨/٢٣ ق   س ٣١ ص ٨٥٤ ح ١

□■□

(المبدأ ١٦) : من شروط صحة الدعوى شرعا ان تكون من ذى شأن فى الخصومة على ذى شأن مثله ـ وأن ذلك يشمل دعوى الحسبة .

ومن حيث أن هذه الدعاوى من دعاوى الحسبة (طلب التفريق بين الزوجين والأمر بالكف عن المعاشرة معاشرة زوجية ـ قبل أن يحال المدعى عليها الثانية للمدعى عليه الأول غيره) لأن الحسبة اسم من الاحتساب وهو الأجر والثواب عند الله وهى انما تكون فى حقوق الله تعالى ، وهى الحقوق التى يعود نفعها على الناس كافة لا على أشخاص بأعيانهم وهذه الدعوى منها ، لأن حل مباشرة المرأة وحرمتها من حقوق الله تعالى الواجب على كل مسلم المحافظة عليها والدفاع عنها فتسمع فيها الدعوى والشهادة حسبة من أى انسان ويكون المدعى فيها مدعيا وشاهدا بما يدعيه فكان قائما

بالحقوق من جهة الوجوب وشاهدا من جهة تحمل ذلك . نص على ذلك فى كثير من الكتب المعتبرة التى منها كتاب الوقف والشهادة من الدر المختار ورد المحتار والتكملة . ومن حيث ان المدعى قرر انه يدعى ويشهد حسبة لله تعالى بما ذكر فهو ذو شأن فى الخصومة وتتوجه منه على المدعى عليهما لأن الخصومة فى هذه الحالة فرض كفاية على كل مسلم قادر وفرض عين على المسلم القادر الذى لم يقم به غيره .

٢٦/١٧٩٥ جرجا (٢٧/١١/٢٦) م ش ٣٥٥/٣

□■□

(المبدا ١٧) : من شروط صحة الدعوى ان تشتمل على حق للمدعى على المدعى عليه وان تكون ملزمة للمدعى عليه بهذا الحق .

من شروط صحة الدعوى أن تشتمل على حق للمدعى على المدعى عليه وان تكون ملزمة للمدعى عليه بهذا الحق ، وهذه الدعوى ليست كذلك لاعتراف الخصمين بانهما مسيحيان فهما غير مسلمين ، وقد نصت المادة التاسعة والتسعين من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ للمحاكم الشرعية على عدم سماع دعوى الطلاق من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق . والمتبادر من هذا أن يكون كلا منهما يدين بوقوع الطلاق المعروف فى الدين المسيحى اذ لا يمكن ان يراد من ذلك الطلاق المعروف فى الشريعة الاسلامية لأن ذلك يقتضى انهم يدينون بها هم لا يدينون بها الا اذا اعتقدوها كشريعة لهم ولم يكن واحد من الخصمين يعتقد ذلك لأن كلا منهما قرر انه لازال يعتنق الدين المسيحى ويدين به ولا يبغى به بديلا .

٣١/٩٠٩ شبين القناطر (٣٢/٩/١٧) م ش ٥/١٥٧

□■□

(المبدا ١٨) : يشترط لصحة الدعوى ان يكون المدعى به معلوما .

المنصوص عليه فى كتاب الدعوى من الدر وتكملة ابن عابدين والبحر انه يشترط لصحة الدعوى ان يكون المدعى به معلوما لأن فائدة الدعوى القضاء بها ولا يقضى بمجهول ونقل صاحب التكملة عن المعراج انه لا يعلم خلاف فى فساد الدعوى بمجهول فى نفسه الا فى الوصية والاقرار فان الدعوى بمجهول فيها تصح كما تصح دعوى الابراء بالمجهول بلا خلاف ونقل عن الخانية استثناء الرهن والغصب وهذه المستثنيات وان كانت الدعوى فيها بمجهول تصح الا ان الحق المدعى به ينتهى الأمر فيه الى البيان ، فاذا اثبت المراهن انه رهن عند فلان ثوبا غير معين كان القول للمرتهن فى بيان الثوب ، وكذا الأمر فى دعوى الغصب وفى دعوى الاقرار يجبر المقر على البيان اذا لم يبين وفى دعوى الوصية يكون البيان الى الورثة لقيامهم مقام الموصى ، وكذا الحال فى دعوى الابراء لشموله كل ما يدخل

تحت الابراء ـ راجع فى ذلك التكملة فى اول باب الدعوى عنـد قول المتن (وكونها ملزمة) وأوائل باب الاقرار وباب الوصية بثلث المال من الدر ، والباب الرابع عشر فيما يكون اقرارا بالابراء بالجـزء الرابع من الهنـدية وابراء الزوج من حقوق الزوجية ونفقة العـدة نظـير الطلاق كمـا فى عامة الكتب .

٣٤/٢٧ ك مصر (٣٦/٣/٣١)　　　م ش ٧/٤٢٨

□■□

(المبدأ ١٩) : يشترط فى صحة الدعوى ان يكون المدعى به يحتمل الثبوت شرعا ـ فدعوى المستحيل شرعا باطلة كدعوى المستحيل عقلا او عادة فلا تسمع .

من شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به ممـا يحتمـل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده عقلا او عادة أو شرعا باطلة لتيقن الـكذب فى المستحيل العقلى كقوله لمعروف النسب او لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابنى وظهوره فى المستحيل عادة او شرعا .

٤٨/٣٣٦ أخميم (٤٨/٥/٩)　　　م ش ٢٠/٢٢٦

□■□

(المبدأ ٢٠) : من شروط صحة الدعـوى ان يـكون المدعى جازما بدعواه .

من شروط صحة الدعوى أن يـكون المدعى جازما بدعـواه كما هو المنصوص عليه شرعا .

٤٨/٣٣٩ أخميم (٤٨/٥/٩)　　　م ش ٢٠/٢٢٦

□■□

(المبدأ ٢١) : يقضى الفقه بان من شروط صحة الدعوى ان يكون كل من الخصمين عاقلا .

يقضى الفقة بان من شروط صحة الدعوى أن يكون كلٌ من الخصمين عاقلا فدعوى المجنون غير صحيحة وينوب عنه وليه .

٣٣/١٩١٥ الجمالية (٣٤/٥/١٠)　　　م ش ٨/٢٠٢

□■□

(المبدا ٢٢) : لابد لقبول الدعوى من وجود المدعى به فى يد المدعى عليه او فى يد المدعى .

لابد لقبول الدعوى من وجود المدعى به فى يد المدعى عليه فيطالب به او فى يد المدعى فيطلب منع التعرض له فيه - ولا ثالث بعد ذلك تقبل الدعوى به . ومتى كان المقصود بالدعوى الحيلولة بين المدعى عليه وبين تنفيذ حكم نهائى صادر له رد قصده عليه .

٣٢/٢٠٤ السيدة (٣٠/١١/١٣) ت س م ش ٦٦٤/٢

□■□

(المبدا ٢٣) : يكفى فى الدعوى بيان غرض المدعى من كلامه .

يكفى فى الدعاوى بيان غرض المدعى من كلامه .

٣٢/٢٠٢٤ الجمالية (٣٣/١٢/٢١) م ش ٢٥٢/٩

□■□

(المبدا ٢٤) : اذا لم يكن المدعى جازما فى دعواه تكون غير صحيحة شرعا .

المدعى اذا لم يكن جازما بالدعوى تكون غير صحيحة شرعا .

٣٧/٥٨ اسنا (٣٨/٤/١٦) م ش ٥٤٩/٩

□■□

(المبدا ٢٥) : اذا استوفت الدعوى شرائطها الشرعية كان من احكامها وجوب الجواب على المدعى عليه .

من المقرر فقها انه متى ادعيت الدعوى مستوفية شرائطها الشرعية كان من احكامها وجوب الجواب على المدعى عليه - وهذا الجواب قد يكون دفعا فى غير الموضوع أو فى الموضوع وقد يكون اعترافا وقد يكون انكارا ، فاذا كان الجواب عن الدعوى الصحيحة واجبا ومعناه أن للمحكمة أن تلزم المدعى عليه بالاجابة عنها فانه من الواضح انه ليس معنى هذا الالزام ان المحكمة تنتزع الجواب من فم المدعى عليه انتزاعا لأن هذا غير معقول ولأن ثمة امرا يتعين فرضه وهو سكوت المدعى عليه والتزامه هذا السكون واذن فيعنى هذا الالزام أن المحكمة متى كلفت المدعى عليه الجواب فانها بهذا التكليف وضعته الوضع القانونى من الدعوى ، فاذا أجاب دافعا أو

معترفا فذاك ـ والا فهو منكر ـ ومجيب ـ وان سكت عن وقائعها بالانكار ولذا يكلف مدعيها الاثبات لوقائعها التى أنكرها المدعى عليه .

٣٦/١٥٦٦ كرموز (٤١/٢/٢٥) م ش ٢٣٠/١٤

□■□

(المبدأ ٢٦) : تكييف الدعوى من سلطة محكمة الموضوع . سبب الدعوى ـ طلبات الخصوم

على محكمة الموضوع اعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها التكييف القانونى الصحيح دون أن تتقيد بتكييف الخصوم لها ، الا أنها لا تملك تغيير سبب الدعوى ، ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها .

طعن ٤٩/٤٥٥ ق س ٣١ ص ٥٧٤ ح١

□■□

(المبدأ ٢٧) : الدعوى متى وقعت باطلة وقت تقديمها فلا تنقلب صحيحة .

لو ادعى انقضاء عدتها بالحيض وكانت المدة بين تاريخ الطلاق وتاريخ تقديم الدعوى لا تحتمل انقضاءها شرعا لم تسمع دعواه مطلقا ، ولو كانت المدة بين تاريخ الجلسة وتاريخ الطلاق تحتمل ذلك لأن الدعوى متى وقعت باطلة وقت تقديما فلا تنقلب صحيحة .

٤٨/٢٣٨ اخميم (٥٨/٥/٦) م ش ٢٢٦/٢٠

□■□

(المبدأ ٢٨) : يكفى لصحة دعوى موت المفقود مجرد دعوى المال .

يكفى لصحة دعوى موت المفقود مجرد دعوى المال ولا ينظر فى دعوى المال الا بعد الحكم بالوفاء والوراثة . وحيث أن هذه الدعوى تضمنت دعوى مال صحيحة ، والنص الفقهى يقضى بأنه يكفى لصحتها مجرد دعوى المال وبعد الحكم بالوفاة والوراثة ينظر فى دعوى المال كما نص على ذلك فى الجزء السادس من الفتاوى المهدية ص ٤٤٥ .

٣٠/٢٠٣ شبين القناطر (٣١/١/٢٩) م ش ٥٤٨/٣

□■□

(المبدأ ٢٩) : الحاضر لا ينصب خصما عن الغائب فيما يدعى عليه الا اذا كان ما يدعى على الغائب سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر .

ان الحاضر لا ينتصب خصما عن الغائب فيما يدعى الا اذا كان ما يدعى على الغائب سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر - وفرعوا على ذلك - جواز دعوى الوراثة على الحاضر مع ما فيها من دعوى الوفاة وسبب الارث من زوجية أو قرابة على الميت وهو غائب اذا كان ضمن حق يدعى على الحاضر لا يتوصل اليه الا بدعوى الوراثةويستوى فى هذا المعنى دعوى الوراثة فى الموت الحقيقى ودعواها فى الموت الحكمى ، وليس من الشرط أن يكون الحق المدعى على الحاضر الذى تدعى الوراثة ضمنه مالا فكما يكون مالا يكون حقا آخر كمنع التعرض اذا كان لايمكن الوصول اليه الا بدعوى الوراثة فى يد المدعى ، أما اذا كان فى يده فلا تكون دعوى الوراثة سببا متعينا للوصول اليه اذ يكفى فيه مجرد اليد .

١٠/٤٨ العليا (١٦/١١/٤٨) م ش ٢٠/١٦٦

□■□

(المبدأ ٣٠) : وجوب ابداء الخصم لدفاعه فى الدعوى الموجهة اليه بكافة ما اشتملت عليه من طلبات حتى لو تعارض بعضها مع البعض الآخر .

للزوج - المطعون عليه - ان يطلب الحكم ببطلان زواجه من الطاعنة وأن يتمسك بتطليقه لها ، وليس للمحكمة أن تكلفه باختيار أحد هذين الطلبين والتنازل عن الطلب الآخر بحجة قيام التعارض بينهما بل عليها أن تفصل فى كلا الطلبين ، وعلى الطاعنة أن تبدى دفاعها فى الخصومة الموجهة لها بكافة ما اشتملت عليه من طلبات حتى ولو تعارض بعضها مع البعض الآخر ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل فى طلب بطلان الزواج برفضه وبصحة قيام العلاقة الزوجية وثبوت وقوع الطلاق الذى أوقعه المطعون عليه فانهلا يكون مشوبا بالخطأ أو القصور .

نقض ٢٠/٣٦ ق (٧/٥/٦٩) س ٢٢/٧٥٢

□■□

(المبدأ ٣١) : وجوب اتباع أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - حضور الخصوم أو وكلائهم .

انه لما كانت المادة الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية تقضى بأن تتبع احكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية

او المجالس الملية عدا الأحوال التى ورد بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية او القوانين الأخرى المكملة لها ، وكانت المادة ١٣ من ذات القانون قد الغت المواد ٧٤ حتى ٨١ من المرسوم بقانون ٣١/٧٨ الخاص بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى الخاصة بحضور الخصوم أو وكلائهم ، وكان مفاد هذا الالغاء وجوب الرجوع بصددها لأحكام قانون المرافعات لما كان ذلك وكان مؤدى المواد ٧٢ ، ٧٥ ، ٧٦ من المرافعات الحالى رقم ١٩٦٨/١٣ أن من حق الخصم أن يمثل أمام المحكمة بشخصه أو ينيب عنه فى ذلك وكيلا الا فى الحالات التى ينص عليها القانون ، وكان المقرر أن الوكالة بالخصومة أمام القضاء وان كانت تخول للوكيل سلطة القيام بالأعمال والاجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها الا انها لا تجيز له الصلح بغير تفويض خاص يذكر بلفظه فى التوكيل .

نقض ٤١/١٨ ق (٧٥/٢/١٢) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٣٢) : التدخل فى الدعوى ــ أثره .

يترتب على التدخل فى الدعوى سواء كان للاختصام أو الانضمام لاحد طرفى الخصومة ، ان يصبح المتدخل طرفا فى الدعوى ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه ، فمن حقه الطعن فيه بطرق الطعن القانونية المقبولة شأنه فى ذلك شأن باقى الخصوم الأصليين . اذ كان ذلك فان للمتدخل أمام محكمة أول درجة منضما لاحد الخصوم فى الدعوى حق أستئناف الحكم الصادر فيها ولو لم يستأنفه الخصم الأصلى الذى انضم اليه .

نقض ٤٦/٩٩٠ ق س ٣١ ص ٨٩٥ ح ١

□■□

(المبدأ ٣٣) : التدخل الانضمامى والتدخل الهجومى ــ ماهية كل منهما .

نطاق التدخل الانضمامى على ما يبين من المادة ١٢٦ من قانون المرافعات متصور على أن يبدى المتدخل ما يراه من أوجه الدفاع لتأييد طلب الخصم الذى تدخل الى جانبه دون ان يطلب القضاء لنفسه بحق ما ، فان طلب المتدخل لنفسه حقا ذاتيا يدعيه فى مواجهة طرفى الخصومة فان

تدخله على هذا النحو يكون تدخلا هجوميا يجرى عليه ما يجرى على الدعوى من احكام .

طعن ١٩١/٤٦ ق س ٣١ ص ٩٠٤ ح١

□■□

(المبدا ٣٤) : تعديل المدعى طلباته اثناء نظر الدعوى .

قصر الدعوى أثناء نظرها على بعض المطلوب فيها الداخل ضمن ما اعلن به المدعى عليه عن باقيه ثم الرجوع الى المسكوت عنه فى المجلس لا مانع منه مادامت الدعوى منظورة ولا حاجة لاعلان جديد .

٢٨/٣١١ العياط (٢٩/٤/٢٧) م ش ٧١١/١

□■□

(المبدا ٣٥) : الطلبات التى يحكم بها هى الطلبات الختامية .

الطلبات التى يحكم بها هى الطلبات الختامية التى يقصد المدعى الحكم بها أما الأسباب التى تبنى عليها هذه الطلبات فانها لا تدخل تحت الحكم وليس للمحكمة أن تحكم بها بأى حال مادام المدعى لم يطلب القضاء له بشىء منها ..

٤٠/٩١٦ س ك مصر (٤١/٥/٢٥) م ش ٦٢/٩/١٢

□■□

(المبدا ٣٦) : تتميز الدعاوى عن بعضها بما يطلب الحكم به ـ والشىء الواحد قد يدعى بسببه من جهات مختلفة كالادعاء على التركة بالوفاة وانحصار الميراث فى أشخاص معينين وبان التركة فيها وصية لأجنبى ، أو هى مدينة والدائن يطلب حقه فيها قبل التوريث والحكم فى جهة من هاته الجهات لا يكون حكما فى كل ما يتعلق بالتركة من ميراث او دين او وصية .

ان الدعاوى انما تتميز بعضها عن بعض بما طلب الحكم به فيها وذلك أن الشىء الواحد قد يعرض على المحكمة فى عدة دعاوى من نواح مختلفة كعين الواقف تعرض على المحكمة من حيث اثبات انها وقف ومن حيث اثبات وفاة المتوفى ووراثة ورثته ومن حيث وجوب تسليمها الى من يستحقها من وارث أو موصى له ومن حيث تعلق حقوق دائنى المتوفى وتقدمها على حقوق غيرهم من ورثة أو موصى لهم وانما تتميز كل واحدة من

هذه الدعاوى عن الأخرى بما يطلب الحكم به فى موضوعها و لايقال أن كل هذه الدعاوى متحدة لمجرد تعلقها بعين وقف واحدة أو تركة واحدة .

٣٩/٦١ العليا (٤٠/٩/٣٠) م ش ٧/٧/١٣

□■□

(المبدا ٢٧) : تحديد الطلبات بما يتفق مع الوقائع الواردة بعريضة الدعوى لا يعتبر دعوى جديدة .

تحديد الطلبات بما يتفق مع الوقائع الواردة بعريضة الدعوى لا يعتبر دعوى جديدة تحتاج الى اعلان جديد فلا يقبل الدفع ببطلان الحكم الصادر بناء عليه بدعوى انه بنى على دعوى جديدة لم يعلن بها المدعى عليه .

٤١/٢٧٠ العليا (٤٧/٤/١٢) م ش ٩٥/١٤

□■□

(المبدا ٢٨) : ترك بعض المدعى والاقتصار على ما عداه لا يمنع من الرجوع الى المتروك مادامت الخصومة قائمة ولم يفصل فى الدعوى .

رجوع المدعية الى ما طلبته بالدعوى المعلنة للمدعى عليه وطلب اجرة الرضاع فى الماضى فلا مانع منه لأن ترك الدعوى لا يسقط ما اكتسبه المدعى من الحقوق باعلانها ما لم يصدر قرار بقبول التنازل عن المتروك والمدعية لم تتنازل ولم تقرر المحكمة قبول التنازل ـ فترك شيء من الدعـوى لم يكن تنـازلا عن المتروك بل هو ترك مؤقت فمـادام المدعى عليه قد أعلن به فلا مانع من الرجوع اليه والتمسك به ولا حاجة الى اعلان جـديد للسـير فى المتروك اكتفاء باعلانه السـابق لأن هذا ليس بدعوى جـديدة وانمـا هو استمرار فى نفس الدعوى قائمة لم يفصل فيها بعد خصوصا أن الفقـة يقضى بوجوب السير فى الدعوى مادام الخصم حاضرا ويريد المدعى الادعاء عليه .

٣٢/٣٣٥٠ الجمالية (٣٣/١١/٢٣) م ش ٢٦٣/٧/٨

□■□

(المبدا ٣٩) : اذ اتركبت الدعوىم نجزئين كل منهما مسـتقل عن الأخر كانت بمنزله دعوتين فمتى قام الدليل على احدهما اخذ به ولا يهجر لعدم قيامه على الآخر .

وحيث أن شهادة الشاهدين لم تنهض لاثبات ما ادعاه بالنسبة لمتجمد النفقة الذى ادعى تسديده اليها ـ وحيث انه بذلك قد ثبت بعض الدعوى

دون بعضها ولا يلزم من ذلك رفضها جميعا للعجز فى الاثبات لأنها متى تركبت من جزئين كل منهما مستقل عن الآخر كانت بمنزلة دعوتين. فمتى قام الدليل على احداهما اخذ به ولا يهجر لعدم قيامه على الآخر .

٣١/٢٢٧٠ سنورس (٣١/١٢/٢٣) ت س م ش ٥/١٥٤

□■□

(المبدا ٤٠) : يتحدد الغرض المقصود بالطلبات الختامية .

يتحدد الغرض المقصود بالطلبات الختامية ، فاذا كان المدعى مطالبا بحق كان سالكا طريق الدعوى فليس للمحكمة أن تنظر فيها كطعن ولا شأن لها فى التعرض للحكم ولا يضير المدعى ان يرد حديث الحكم فى كلامه ما لم يطلب ازالة اثره ، وان كا نالغرض التعرض للحكم وطلب الغائه وازالة أثره كان ذلك هو الطعن وليس لغير المحكمة المختصة ان تنظره .

٣٦/١٦٦ ـ مصر (٣٨/٥/٢٤) م ش ٩/١٦٨

□■□

(المبدا ٤١) : يحكم للمدعى بما صح من دعواه ويرفض منها ما لم يصح لا أن ترفض جملة .

الوجه الشرعى يقضى بالحكم للمدعى بما ثبت ـ ورفض ما لم تصح فيه الدعوى لا ان ترفض الدعوى جميعا بحالتها .

٣٨/٨٥٨ أسيوط (٤٠/٣/٢٥) م ش ٩٨/٤/١٢

□■□

(المبدا ٤٢) : سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها ، وصف ظاهر منضبط يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب التطبيق .

مؤدى نص المادة السابعة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ـ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ـ أن الشارع اراد أن يتخذ من « سير الدعوى » و « انعقاد الخصومة » وهو وصف ظاهر منضبط لا من مجرد قيام النزاع مناطا يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب التطبيق .

نقض ٢ /٣٧ ق (٦٨/١/٣١) س ١٦/١٧٦
نقض ٣٢/١٤ق (٢ /٤/ ٦٦) س ١٧/ ٨٨٩

□■□

(المبدا ٤٣) : انقطاع سير الخصومة بوفاة احد الخصوم لا محل له متى كان الخصوم قد ابدوا دفاعهم الختامى فى الدعوى حقيقة او حكما باتاحة الفرصة لهم فى ذلك .

النص فى المادة ١٣٠ من قانون المرافعات على أنه « ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم .. الا اذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها » وفى المادة ١٣١ على أن « تعتبر الدعوى مهيأ للحكم فى موضوعها متى كان الخصوم قد ابدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية فى جلسة المرافعة قبل الوفاة .. » وفى المادة ١٣٢ على انه « يترتب على انقطاع الخصومة وقف جميع مواعيد المرافعات التى كانت جارية فى حق الخصوم وبطلان جميع الاجراءات التى تحصل أثناء الانقطاع » . يدل على ان الأصل هو انقطاع سير الخصومة حتما بوفاة أحد الخصوم وأنه ليس للمحكمة سلطة تقديرية فى ذلك ، غاية الأمر أنه اذا كان الخصوم قد فرغوا قبل قيام هذا العارض من ابداء دفاعهم الختامى فى الدعوى حقيقة أو حكما بالمرافعة الشفوية أو بالكتابة أو باتاحة الفرصة لهم فى ذلك ، فان انقطاع سير الخصومة عندئذ يكون غير مجد لانتفاء مصلحة الخصوم منه ، ويكون من المصلحة حسم النزاع قضاء ولذلك اجاز القانون للمحكمة فى هذه الحالة اصدار حكمها فى الدعوى .

نقض ٤٦/٢٨٨ ق   س ٣١ ص ٤٥٣ ح١

□■□

(المبدا ٤٤) : بدء سريان ميعاد سقوط الخصومة .

النص فى المادة ١٣٥ من قانون المرافعات على أنه « لا تبدأ مدة سقوط الخصومة فى حالات الانقطاع الا من اليوم الذى قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة باعلان ورثة خصمه الذى توفى أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة او مقام من زالت صفته بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الاصلى » يدل على أن مدة السقوط لا تبدأ فى السريان الا من تاريخ اعلان من حل محل من قام به سبب الانقطاع بمعرفة خصمه الذى تمسك بهذا السقوط فلا يغنى عن ذلك علمه المؤكد بوجود الخصومة بأية طريقة أخرى ولو كانت قاطعة .

نقض ٤٦/١٥٩ ق   س ٢١ ص ٤٧٠ ح١

□■□

(المبدا ٤٥) : تجديد الدعوى بعد القضاء بانقطاع سير الخصومة . اجراءاته .

تجديد الدعوى بعد القضاء بانقطاع سير الخصومة فيها يتم — على

مقتضى المادة ١٣٣ من قانون المرافعات – بصحيفة تعلن بناءً على طلب احد الخصوم الى باقيهم تتضمن الاخبار بسبق قيام الخصومة التى اعتراها الانقطاع وتكليفهم بحضور الجلسة التى حددت مجددا لاستئناف سير ذات الخصومة ، وهو ما لم يفعله الطاعنون بل اقاموا الدعوى بايداع صحيفة افتتاحها قلم الكتاب دون ان تتضمن هذه الصحيفة اية اشارة الى الدعوى السابقة الامر الذى يفصح عن استقلال هذه عن تلك .

نقض ٤٨/١٤٥١ ق س ٣١ ص ٢٧٣ ح ١

□■□

(المبدا ٤٦) : اعتبار الدعوى كان لم تكن – اذا لم يطلب احد الخصوم السير فيها خلال ستين يوما بعد شطبها – اعتبار هذا الميعاد من مواعيد السقوط يقف عند تحقق القوة القاهرة .

من المقرر أن اعتبار الدعوى كأن لم تكن اذا بقيت مشطوبة ستين يوما ولم يطلب احد من الخصوم السير فيها – وهو الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٨٢ من قانون المرافعات هو من قبيل سقوط الخصومة وزوالها بسبب عدم قيام المدعى بنشاطه اللازم لسيرها ، ومنه أن ميعاد الستين يوما يعد من مواعيد السقوط التى تقف اذا تحققت قوة قاهرة ، اذ ليس من العدالة ان يقضى بالسقوط اذا حدثت واقعة عامة لاارادة للخصم فيها ولا قبل له بدفعها ومنعه من طلب السير فى الدعوى .

السفر للخارج للعلاج من مرض لا يفقد المريض به أهليته للتقاضى ولا يصيبه بالعجز عن تصريف شئونه أو التعبير عن ارادته فى تكليف من ينوب عنه فى طلب السير فى الدعوى لا يعد من قبيل القوة القاهرة التى توقف ميعادا حتميا يترتب على مخالفته جزاء السقوط .

نقض ٤٧/٧٥٣ ق س ٣١ ص ٤٢٧ ح ١

□■□

(المبدا ٤٧) : طلب الحكم بسقوط الخصومة او انقضائها بمضى المدة القانونية لا يعتبر تعسفا فى استعمال الحقَ – عله ذلكَ .

الأصل أن التقاعس عن موالاة الخصومة يرتب بذاته مصلحة قانونية مشروعة لكل خصم حقيقى فيها للتخلص منها حتى لا يظلَ معلقا دون حدود باجراءات تخلى اطرافها عن اكمالَ السير فيها خلال المدة القانونية فقد اجاز المشرع لاى منم طلب الحكم بسقوطها او انقضائها حسب الأحوال دون ان يكون فى هذا الطلب شبة تعسف فىَ استعمالَ الحقَ

لاستناده الى مصلحة مشروعة وعدم مساسه باصل الحق المرفوعة به الدعوى .

نقض ٤٨/١٤٥ ق — س ٣١ ص ٣٦٨

□■□

(المبدأ ٤٨) : يجب على القاضى سماع دعوى المدعى .

النص الفقهى يوجب على القاضى سماع دعوى المدعى مادام خصمه حاضرا ويريد الادعاء عليه .

٢٧/٦٧٧ العياط (٢٧/١٠/١٥) — م ش / ٢١٢

□■□

(المبدأ ٤٩) : شرط سماع الدعوى ان لا تكون مكذوبة قطعا .

قرار رفض الدعوى المبنى على سبق الفصل فى الموضوع برفضه من محكمة اخرى نهائيا لظهور كذبها هو بمعنى عدم السماع طبقا لما هو مقرر فقها من ان شرط سماع الدعوى أن لا تكون مكذوبة قطعا فلا يكون هذا القرار مانعا من سماع هذه الدعوى مرة اخرى .

٣٨/١١١ العليا (٤٠/٦/٢٤) — م ش ٢٨/١/١٢

□■□

(المبدأ ٥٠) : لا مانع من سماع الدعوى اذا كان لها سببان يوجب كل منهما لو ثبت الحكم بالمدعى .

وحيث ان القول بأن الدعوى فيها شك اذ لم يصر المدعى على سبب فيها لا وجه له لأنه لا مانع من سماع الدعوى اذا بنيت على سببين او اكثر مادام كل منهما أو مجموعهما لو ثبت يوجب الحكم بالمدعى ولا يعتبر هذا من الشك فى الدعوى .

٣٤/١٠٦١ المنيا (٣٥/١١/٣٠) ت س — م ش ٧٥/١٠

□■□

(المبدأ ٥١) : الدعاوى متجددة السبب تسمع ولو سبق رفضها مادامت ادعيت بسبب جديد .

وحيث ان ما دفع به من سبق الفصل فى هذه الدعوى (تسليم صغيرة

لتجاوزها سن الحضانة) واجب الرفض لأن المنع من هذه الدعوى ليس منعا كليا بل ان هذا مما يتجدد سببه فيصح تجددها كلما تجدد السبب .

٣٠/٢٢١٧ كرموز (٣١/٩/٢٦) ٧٦٤/٤

□■□

(المبدا ٥٢) : الدعوى متجددة السبب لا يمنـع من سـماعها سبق رفضا ما دام السبب قد تغير .

الدعوى متجددة السبب يصح سماعها ولو سبق الفصل فيها اذا تغير الحال .

٣٤/١٣٥٨ المنيا (٢٩/٢٠/١٥) م ش ٦٩٧/٧

□■□

(المبدا ٥٣) : لا تسمع دعوى الوارث فيما لا تسمع فيه دعوى المورث ولو كان حيا .

لا تسمع دعوى الوارث فى شىء لا تسمع فيه دعوى مورثه لو كان حيا وان ما يمنع صحة دعوى المورث يمنـع صحة دعوى الوارث بقيـامه مقامه (تكملة ابن عابدين فى الدعوى والتقاضى من الجزء الأول) وفى تنقيح الحامدية جزء ثان ص ٤ « باع عقارا أو حيـوانا أو ثوبا وابنه وامراته او غيرهما من أقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى الابن مثلا انه ملكه لا تسمع دعواه كذا اطلقه من الكنز والملتقى وجعل سكوته كالافصاح قطعـا للتزوير والحيل بخلاف الأجنبى « وفى الخيرية جزء ثان ص ٤٨ قال كثير من علمائنا اذا باع شخص عقارا أو حيوانا أو ثوبا أو نحو ذلك وقبضه المشترى وتصرف فيه تصرف المالك وبعض أقاربه مطلع على ذلك ثم ادعاه أو ادعى بعضه أنه ملكه لا تسمع دعواه لأن ذلك اقرار منه بانه ملك للبائع قطعا للأطماع الفاسدة وسدا لباب التزوير والتلبيس وبه قطع كثير من أصحاب المتون والشروح والفتاوى .

٣٤/١٦٥٧ طنطا (٣٧/٣/١٢) م ش ٣٥٩/٩

□■□

(المبدا ٥٤) : ما تسمع فيه دعوى المورث تسمع فيه دعوى الوارث.

حيث ان ما تسمع فيه دعوى المورث تسمع فيه دعوى الوارث ، لأنه حل محله فى جميع حقوقه من حيث المانع والموجب حتى حكى الاجماع ذلك

٣٥/٨١١ ميت غمر (٣٦/٧/٢٨) م ش ٢٢٣/٤/٨

(المبدأ ٥٥) : الدعوى متى فصلت بالطريق الشرعى لا تعاد ولا تنقض الا اذا أتى الى المدعى بجديد لم يكن فى الأولى .

جاء فى جامع الفصولين وابن عابدين أنه متى فصلت الدعوى بالطريق الشرعى لا تعاد ولا تنقض ـ لكن جاء فى تكملة رد المحتار جـ١ ، أن هذا ليس على اطلاقه بل محله حيث لم يزد المدعى على دعواه شيئا ، أما اذا زاد بأن جاء بدفع جديد أو بينة بعد عجزه عنها فانها تسمع) .

١٦١/٣٩ ابنوب (٤٠/١/١٥) م ش ١٠٢/٢/١٢

□■□

(المبدأ ٥٦) : تسمع الدعوى ثانية متى اختلف موضوعها فى الدعويين .

سبق الفصل فى دعوى تختلف فى موضوعها عن الدعوى الثانية واختلاف المدعى فى الدعويين لا يمنع من سماع الدعوى الثانية .

١١٥/٣٧ العليا (٣٨/١٢/٥) م ش ٣٢٢/١٠

□■□

(المبدأ ٥٧) : فتح باب المرافعة لتقديم مستندات جديدة من اطلاقات محكمة الموضوع .

فتح باب المرافعة فى الدعوى لتقديم مستندات جديدة هو من اطلاقات محكمة الموضوع ، ولا يعاب عليها عدم الاستجابة اليه .

نقض ٤٢/٣ ق (٧٣/٦/٦) س ٨٧٢/٢٤

□■□

(المبدأ ٥٨) : اغفال الحكم الاشارة الى طلب اعادة الدعوى للمرافعة لتقديم مستندات ـ رفض ضمنى للطلب .

لا تثريب على المحكمة ان هى لم تجب على الطلب المقدم اليها بفتح باب المرافعة والتصريح بتقديم مستندات ، لأن اجابة هذا الطلب من الاطلاقات ، فلا يعيب الحكم الالتفات عنها ، وكان اغفال الاشارة الى الطلب يعتبر بمثابة رفض ضمنى له .

نقض ٤٣/٢ ق (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

(المبدا ٥٩) : لا تقبل دعوى البنوة بعد وفاة الأب الا ضمن دعوى حق ومثلها دعوة الأبوة والزوجية ـ تسمع دعوى اجرة الحضانة بعد وفاة مدعى بنوة المحضون له فلا يقبل الدفع بانها تعتبر دعوة وفاة ووراثة .

القاعدة الشرعية ان دعوى البنوة حال حياة الأب تقبل مجردة وضمن حق وبعد وفاته لا تقبل الا ضمن حق ومثلها دعوى الأبوة ودعوى الزوجية (معين الحكام ص ٧٦ وجامع الفصولين ص ٧٨ ، ٨٨ جزء اول) والحق فى هذه الدعوى هو اجرة الحضانة التى طلبتها المدعية بسبب البنوة والقضاء باجرة الحضانة وان كان قضاء ضمنيا بسببها وهو البنوة لا يخرج الدعوى عن انها دعوى اجرة حضانة على كل حال .

٣٣٤/٤٧٧ كرموز (٣٠/١/٣٦) م س ٨٦٢/٧

□■□

(المبدا ٦٠) : اذا رفعت دعوى على شخص يطلب نفقة زوجية وانكرت الدعوى بتاتا ثم توفى ذلك الشخص واوقف السير فى القضية فتجديد السير فيها فى مواجهة الورثة لا يكون بمثابة دعوى يحتاج فى سماعها الى مسوغ ، فذلك استمرار فى نظر الدعوى الأولى الأصلية التى سمعت فى حياة الزوج واكتسبت المدعية برفعها عليه حقا لا يؤثر عليه وقف السير فيها ولا وفاة زوجها .

حيث ان المدعى عليه دفع الدعوى بعدم سماعها لأنها دعوى زوجية بعد وفاة الزوج وهى منكرة ولم تقم مسوغا لسماعها طبقا لما هو مدون بالمادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ولأنها بطلبها فرض نفقة لها على المتوفى وامر الورثة بالأداء من تركته التى تحت ايديهم باعتبارها دينا على المتوفى انما تطلب ضمن دعواها الحكم بوفاة المتوفى وانها من ضمن ورثته بصفتها زوجا له حتى يقضى لها بالنفقة التى تطلبها وحيث ان ما دفع به المدعى عليه ليس له حظ من الشرع والقانون لأنه لا يمكن تطبيقه على المادة ٩٩ من القانون لأن هذه الدعوى رفعت من المدعيه فى سنة ١٩٣٣ وقدمت فيها الاثبات حال حياة الزوج فى مواجهة وكيله واسند تاريخ الزواج الى ما قبل اغسطس سنة ١٩٣١ فالمدعية برفعها هذه الدعوى فى حياة الزوج قد اكتسبت حقا ، فوقف السير فيها لا يؤثر فى هذا الحق ، وتجديد السير فيها لا يعتبر كدعوى جديدة يشترط فى سماعها تقديم المسوغ وانما هو استمرار فى نظر الدعوى الأصلية التى سمعت وقدم فيها الاثبات حال حياة الزوج ، فطلب الزوجة لها على المدعى عليه الذى توفى بما طلبته فى حياته من النفقة وامر الورثة بالأداء لا يتضمن ذلك طلب الحكم بوفاته وانها من ورثته بصفتها زوجة له ، كما أن الحكم لها بالنفقة لا يحتاج للحكم بالوفاة وهذا واضح جلى لا يحتاج

لبرهان ــ واضافت محكمة الاستئناف « أن دعوى الزوجة ليست دعوى زوجية بعد وفاة المتوفى وانما هى دعوى على الزوج نفسه وهو اعتبر منكرا لها والمحكمة سمعتها فعلا وسارت فى اثباتها ووفاته لا تغير من شكل القضية .

٣٢/٤٦٥ طلخا (٣٤/٢/٢٢) ت س م ش ٤٢٧/٦

□■□

(المبدأ ٦١) : للوارث الذى خلف المتوفى فيما كا نسببا للخصومة ان يجدد السير فى هذه القضية وان يطلب اعتبارها كأن لم تكن اذا لم يحضر مدعيها فى الميعاد المحدد للسير فيها .

يجوز للوارث الذى خلف المتوفى فيما كان سببا للخصومة أن يجدد السير فى هذه القضية وأن يطلب اعتبارها كأن لم تكن بالنسبة **لمن كانوا** مدعين فيها اذا لم يحضروا فى الميعاد المحدد للسير فيها .

٣٢/٢٧٧ ك مصر (٣٦/١/٧) م ش ١١٨/١

□■□

(المبدأ ٦٢) : اذا وجد من المدعى ما يقتضى سماع دعواه ضم بنته البكر والسير فيها فلا يجوز ان يعدل عنه .

حيث ان المناقشة التى بنت المحكمة الجزئية حكمها عليها دلت على أن بنت المدعى عليها خرجت قبل رفع الدعوى فاضطر لرفعها وعلى انها مع كونها بكرا الى الآن تقيم فى بيت مستقل وعلى أن عرض المدعى عليها فى خطر لأن والدها راى وسمع ان بعض الشبان يدخلون عليها وانه لم يبلغ البوليس مداراة على سمعة عرضه وكل هذه الأسباب تقضى بسماع دعواه والسير فيها حتى يتبين الأمر جليا فالمناقشة المذكورة مقتضية للسير لا مانعة منه فيكون الحكم بنى على غير سبب ــ (اعادة القضية للمحكمة الجزئية) .

٣٣/٤٤٢ ك الزقازيق (٣٤/٨/٢٦) م ش ٣٨٨/٦

□■□

(المبدأ ٦٣) : يكتفى فى سماع دعوى الطلاق بين الكتابيين بوجود اصل الطلاق فى ديانتهما وكونهما يدينان به ويراعى فيه تطبيق احكام شريعتنا مادام عندهم اصل الطلاق لا خصوص السبب .

حيث ان القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ انما يمنع سماع دعوى الطلاق فيما اذا كان الطرفان لا يدينان به وهو ما كانت تحكم به المحاكم من تلقاء نفسها

او بطلب احد الخصمين ويكفى فى تطبيق هذا النص أن يكون عندهما اصل الطلاق، ومن حيث انه قد تبين ان فى ديانتهما اصل الطلاق كما يعلم من كتاب الخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية لكنيسة الأقباط الأرثوذكس ويعبرون عنه بفسخ الزواج لأسباب مذكورة فى ذلك الكتاب منها الزنا أو عقد الزوجية بالغش أو رهبنة أحدهما الى آخره ، ومنها ما جاء بالسبب السابع المذكور بالسند رقم ٨١ من الكتاب المذكور نصه (اذا حدث بأحدهما بعد الزواج ما يمنع بواسطته الاجتماع المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها ورغب المعافى منهما الفرقة بعد أن تكون مضت له مدة ثلاث سنوات مستمرة مع قرينة من عهد ما أصيب بذلك المرض المانع ولم يتمكن من الاجتماع الزوجى التناسلى وتحقق جليا لذلك تفسخ الزيجة .

٣٤/٤٣٧ المنيا (٣٥/١٠/١٩) م ش ٤٩٨/٨

□■□

(المبدا ٦٤) : النهى عن سماع دعوى الزوجية بعد وفاة احد الزوجين فى الفترة من اول سنة ١٩١١ وحتى آخر يوليو سنة ١٩٣١ . شرطه .

النهى عن سماع دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين بالنسبة الى الحوادث الواقعة من أول سنة ١٩١١ وحتى آخر يوليو سنة ١٩٣١ .
ما لم تكن الزوجية ثابتة باوراق رسمية أو باوراق مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك ــ لا يكون وفقا لنص المادة ٣/٩٩ من اللائحة ــ الا عند انكار الزوجية عن صاحب الشأن .

نقض ٥٢/٦٨ ق (١٩٨٤/٤/١٧) لم ينشر

□■□

(المبدا ٦٥) : لا يعتبر طروء حالة جديدة بعد الحكم بالضم تقتضى المنع من التعرض به طعنا فى الحكم مانعا من سماع الدعوى .

حيث انه بالرجوع لدعوى المدعى تبين أن الأسباب التى بنى عليها دعواه لاحقة للحكم بضمه لأخيه المدعى عليه فلا تكون والمسألة هذه طعنا فى الحكم المذكور بل ينبغى سماعها والسير فيها حتى اذا ثبتت دعوى المدعى قضى له بما يطلب والا رفضت دعواه ولا يعد سماعها طعنا فى الحكم السابق

٣٤/٩٦٩ ك س مصر (٣٥/٤/٨) م ش ٤٦٧/٧

□■□

(المبدا ٦٦) : لا تتجه دعوى ابطال المقرر للزوجة على زوجها من كفيله ـ اذ لا خصومة له مع الزوجة الا فى طلب امرها بعدم مطالبته بهذا المقرر .

الكفيل وهو المستانف عليه ليس خصما شرعيا فى طلب ابطال نفقة الزوجة المقررة لها على زوجها بل الخصم فى ذلك هو الزوج ولا خصومه للكفيل مع الزوجة الا فى طلب امرها بعدم مطالبته بمقتضى هذا الفرض .

٣٤/٦٨٣ ك س مصر (٣٥/٢/٤) م ش ٩٤٥/٦

□■□

(المبدا ٦٧) : تتعين الدعوى بطرفيها والموضوع .

تتعين الدعوى وتتميز عن غيرها بمشخصاتها وهى طرفا الخصومة والموضوع ـ فاذا تغير احد هـذه المشخصات كان اختلف الخصوم تغيرت الدعوى ولو اتحد الموضوع كما تتغير اذا اختلف الموضوع واتحد الخصوم فيها .

٣٦/٢٠١ العليا (٣٨/٢/٢٢) م ش ٣٢٢/١٠

□■□

(المبدا ٦٨) : من ادعى لنفسه شيئا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات شىء آخر ينتصب خصما فى اثبات ذلك الشىء الآخر ، فدائن الوارث الذى لا يتوصل الى حقه الا باثبات وفاة المورث ومقدار نصيب الوارث فى تركته خصم فى الوفاة والوارثة له ان يدعيها وأن يثبتها بالبينة .

المدعى وان لم يكن دائنا للميت بل دائنا لوارثه الا ان حقه فى استيفاء دينه الذى على الوارث من المال الذى ورثه من مورثه المودع بخزينة المحكمة لا يتوصل أليه المدعى الا باثبات وراثة مدينة لمورثه واثبات المقدار الذى يرثه فى ذلك المال ومتى كان لا يتوصل الى حقه الا بذلك فهو خصم فيه له أن يدعيه وأن يثبته بالبينة عملا بالقاعدة العامة (ان من ادعى لنفسه شيئا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات شىء آخر ينتصب خصما فى اثبات ذلك الشىء الآخر) ـ انظر ص ٣٦٦ من الجزء الثانى من الأنقروية أول كتاب الشفعة .

٣٩/١١٣ العليا (٤٠/٦/١٧) م ش ٢٦/٣/١٢

□■□

(المبدا ٦٩) : اذا تعدت الخصومة الى شخص وكان لها تاثير جوهرى فى حقوقه فلابد من ادخاله طرفا فيها اذ لا يقضى على غائب .

وحيث ان المدعيه قد قصرت الخصومة على المدعى عليه وحـده ولم تخاصم الأم فى شىء من موضوع هذه الدعوى الذى امر الأب المدعى عليـه بأدائه اليها وقد تعدت اليها هذه الخصومة ولها تأثير جوهرى فى حقوقها بالنسبة لانتقال ما امر الأب بأدائه اليها من النفقة ولم تكن طرفا فى هـذه الخصومة والنص الفقهى يقضى بأن تكون طرفا فيها اذا لا يقضى على غائب فتكون هذه الدعوى غير مقبوله بحالتها هذه .

٢٧/٢٣٧ شبين القناطر (٣٠/١٢/٢٨) م ش ٨٨٨/٣

□■□

(المبدا ٧٠) : ترفع دعوى المال للمحجور عليه للسـفه من ولى ماله الذى له حق قبضه .

ان دعوى المال للمحجور عليه للسفه ترفع من ولى ماله الـذى له حق قبضه وهو الأب فوصيه ثم منصوب القاضى (١) .

٣٥/٣٩٠ المنيا (٣٦/٤/٢٠) ت س م ش ٧٧/١٠

□■□

(المبدا ٧١) : يشترط لسماع دعوى الزوجية استقلالا بيـان شرائط صحتها .

حيث ان دعوى الزوجية اذا رفعت استقلالا يشترط لسماعها بيـان شروط صحتها شرعا كما يعلم من جامع الفصولين فى دعوى الزوجية — ولكن اثباتها شرعا يكتفى فيه بأحد ثلاثة اشياء : (الأول) التصدق على الزوجية كما يعلم من ابن عابدين وجامع الفصولين وغيرهما فى انه يثبت بالتصـادق بدون حاجة الى شىء آخر ، (الثانى) شهود العقد ، (الثالث) الشـهادة بحصول الزوجية بناء على العشرة . قال فى جامع الفصـولين فى الشـهادة بتسامع وشهرة ومنها النكاح حتى ولو راى رجلا يدخل على امراة وسـمع من الناس انها زوجته وان لم يعاين العقـد (فتاوى رشيد الدين) شهدا بنكاح فسألهما القاضى : هل حضرتما العقد ؟ فقالا : لا فشهادتهما تقبل لأنه يحل لهما الشهادة بالنكاح بتسامع او بناء على انهما راياهمـا يسـكنان فى موضع وقيل لا تقبل ثم رجح القبول أ. هـ ، وفى الدر : ويشهد من راى رجلا وامراة بينهما انبساط الأزواج انها عرسه (زوجتـه) أ. هـ — وفى الدر وشرحه لو قالا « فيما تقبل فيه الشهادة بتسامع وشهرة » لم نعـاين

---

(١) راجع المادة الاولى من المرسوم بقانون ٥٢/١١٩ فى شـان الولاية على المـال .

ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت فى الكل وصححه شارح الوهبانية وغـيره أ.هـ. ومما يجوز أيضا الشهادة بتسامع وشهرة النسب حتى لو سـمع الناس أن هذا فلان ابن فلان وسعه ان يشهد به ولو لم يعـاير الولادة على فراشه .

١٢٥٣/٣٠ كرموز (٣١/٧/٢٩) ت س م ش ٩٢/٣

□■□

(المبدأ ٧٢) : المقصود بدعوى الزوجية التى لا تسمع اذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشرة سنة هجرية أو سن الزوج تقل ثمانى عشر سنة هجرية (المادة ٥/٩٩) .

ان الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ صريحة فى أن الدعوى التى لا يجوز سماعها اذا كانت سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة أو سن الزوجة أقل من ستة عشرة سنة انما هى الدعوى التى يطلب فيها الحكم بالزوجية وهذه الدعوى ليست دعوى زوجية ــ بل هى دعوى نفقة ــ والزوجية ليست محل نزاع بين الخصمين ولم يطلب الحكم بها . اما منشور وزارة العدل رقم ٢٩ الصادر فى سنة ١٩٣١ المتضمن أن المنع من السماع يشمل الحقوق التى تكون الزوجية سببا فيها كالنفقة والطاعة فلا يصح الأخذ به لأنه توسع فى نص القانون الصريح وهو لا يحتمله لأن الفقرة الخامسة من المادة المذكورة استثناء من أصل جواز السماع فيجب الاقتصار فيه على موضع النص وموضع النص دعوى الزوجية لا دعوى النفقة .

وقد جرى العرف القانونى والقضائى على تسمية الدعوى التى يطلب فيها فرض النفقة بسبب الزوجية دعوى نفقـة والتى يطلب فيهـا الحكم بالطاعة دعوى طاعة والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ جرى على ذلك فعبر تارة فى جانب المنع من السماع بدعوى الزوجية وتارى أخرى بدعـوى النفقـة كالفقرة السادسة من المادة ٩٩ وقيد المنع بعدم سماع دعوى الزوجية فى الفقرتين الأولى والرابعة بحالة الانكار ــ وكذلك القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، جرى على العرف المذكور فنص فى المادة ١٧ منه على ألا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق مع أن هذه الدعوى سببها الزوجية ولو جاز العمل بالمنشور المذكور لوجب ألا تسمع دعوى الطلاق ودعوى الأم رد ولدها الرضيع اليها اذا ظهر للمحكمة أن سن المدعية أقل من ستعشرة سنة ، ولو اعترف المدعى عليه بالدعوى ما دام المنع من السماع من النظام العام وبنـاء على ما تقدم يقصر المنع من السـماع على الدعوى التى يطلب فيها الحكم بثبوت الزوجية .

٣٧/١٣ المنيا (٣٧/١٢/٢٥) م ش ٩٥/٤/١٢

□■□

(المبدا ٧٣) : دعوى الزوجيـة او الاقرار بها . عدم سماعها عنـد الانكار الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من اول اغسطس سنة ١٩٣١ . طلب استخراج بطاقة عائلية لايحمل معنى الرسمية.

فى الحوادث الواقعة من اول اغسطس سنة ١٩٣١ وفقا للفقرة الرابعة من القانون رقم ١٩٣١/٧٨ لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية تصـدر أو يصدر الاقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفتـه باصدارها ، وطلب اسـتخراج البطـاقة العائلية لا يدخل فى هذا النطاق ولا يحمل معنى الرسمية . والاقرار المعول عليه فى هذا الشأن هو الاقرار الذى يحصل فى مجلس القضاء أما الاقرار الذى يحصل خارجه أو فى ورقة عرفية او امام جهـة غير مختصة بتوثيق عقود الزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه .

نقض ٢٥/٣٥ ق   س ١٨ ص ١١٩٣

□■□

(المبدا ٧٤) : النهى عن سماع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة غير مقيـد بحـالة انكار المدعى عليـه بل هو نهى مطلق سواء اكان المدعى عليـه منكرا للزواج ام معترفا به . المقصود بدعوى الزوجيـة عام يشمل دعوى عقـد الزواج واى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة او الصداق او الميراث (١) .

حيث ان نص المادة يجرى بالآتى : « ولا تسمع دعوى الزوجية اذ كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة او سن الزوج تقـل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد الا بامر منا » والنهى عن السماع فى هذه المادة غير مقيـد بحالة انكار المدعى عليه بل هو نهى مطلق فلا يجوز سماع تلك الدعوى سواء اكان المدعى عليـه منكرا للزوجية ام معترفا بها لأن النهى عن سماع هـذا النوع من الدعاوى ليس الدافع اليـه الرغبة فى محـاربة التزوير والدعاوى الباطلة حتى يقيد بحالة انكار المدعى عليه كما هو الحال فى النهى المنصوص عليه فى اصل المادة ١٠١ من القانون ٣١ سنة ١٩١٠ وانما الدافع اليه هو أن ولى الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار اجتماعية فمنع القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ مباشرة عقد الزواج قبل هذه السن ومنع سماع دعاوى الزوجية اذا حصل العقد فى تلك الحالة الا بأمر خاص يصدر منه وما دام هـذا هو الغرض من منع سماع الدعوى فسيان اقرار المدعى عليه بالزوجية وانكاره اياها فان قيل أن النهى فى قانون

---

(١) راجع المبدا ٧٢ .

تحديد سن الزواج مقيـد بحالة الانكار بطريق القياس على النهى المنصوص عليه فى المادة ١٠١ رد بأن شرط القياس اتحاد العلة فىالمحلين والعلة المنصوص عليها فى المحلين مختلفة فالقيــاس حينئذ ممتنع ذلك أن علة النهى فى أصل المادة ١٠١ هى محــاربة التزوير والدعاوى البـاطلة وعلة النهى الذى زاده القانون ٥٦ سنة ١٩٢٣ على هذه المادة هى الرغبـة فى منع عقد الزواج قبل السن المحددة فيه لما ينشأ عنه من المضار الاجتماعية فالعلة اذن غير متحدة فى النهيين وهى منصوصة فى كلا المحلين ، وشرط القياس أن تكون العلة فى الفرع المقيس هى العلة الموجبة للحكم فى الأصل المقيس عليه فالقياس اذن غير جائز . اما كون علة النهى فى أصــل المـادة ١٠١ هى محـاربة التزوير والدعاوى الباطلة فالدليل عليه المذكرة التفسيرية الرسمية للقانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ التى جاء فيهــا بصريح العبارة « أن المـادتين ١٠٠ ، ١٠١ من القانون المذكور مأخوذتان من المادتين ٣١ ، ٣٢ من لائحة ١٨٩٧ وأن هاتين المادتين الاخيرتين وضعتا لتضييق دائرة التزوير فى دعاوى الزوجيةوالطلاق والوصية والايصاء والاقرار بواحد منما بعد الوفاة .

أما كون النهى الذى زاده القاونن رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ على المادة ١٠١ هى الرغبـة فى منع عقد الزواج قبل السن المحـددة . فالدليل عليه أيضا المذكرة التفسيرية الرسمية للقانون المذكور فقد ذكر فيها واضع القـانون : « ومن حيث أن عقد الزواج له من الأهمية فى الحالة الاجتماعية منزلةعظمى من جهه سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل أو اهماله وقد تطورت الحالة المعيشية بحيث أصبحت تتطلب المعيشـة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيام بها ولا يستأهل الزوج والزوجة لذلك غالبـا قبل سن الرشد المالى فمن المصلحة الواضحة منع عقد الزواج قبله لأنه اذا كان لايباح لهما قبل بلوغ سن الرشد المالى أن يتصرفا فيما قيمته دراهم معدودة معأن الضرر المنظور محدود وغير ملازم للحياة فلا يباح لهما التصرف فى انفسهما بعقد الزواج وآثاره ان خيرا وان شرا قد لا تزول طول حياتما أولى وأوجه ــ الى أن قال وكان من اللازم أن تنـاط سن الزواج بسن الرشـد المـالى بالنسبة لكل من الزوجين ، ولكن لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل بنية الصبى وما يلزم لتأهل البنت لمعيشة الزوجية يتدارك فى زمن أقل مما يلزم للصبى ، كان من المناسب أن تناط سن زواج الأنثى ببلوغ ست عشرة سنة والصبى ببلوغ ثمانى عشرة سنة » وبهذا تبين ان علة النهيين غير متحدة وانه لا يتجه قياس احد المحلين على الآخر لتعميم قيد الانكار فيهما ــ قـد يقال أن العلة الجامعة المسوغة للقياس هى ان كلا النهيين ذكر فى مادة واحدة وهى المادة ١٠١ اى ان جمع النهيين فى مادة واحــدة يقتضى انهما سواء فى الحكم الثابت لأولهما وهو تقييده بحال الانكار وهذا القول باطل لأنه مادامت العلة منصوصة وهى مختلفـة فى المحلين فلا يصح اسـتنباط علة سواها لم

ينص على أنها هي المؤثرة فى الحكم وادعاء انها هى المؤثرة دون العلة المنصوص عليها ، وعلى ان العلة المسوغة للقياس شرطها ان تكون مؤثرة فى الحكم وكون النهيين ذكرا فى مادة واحـدة لا يصلح أن يكون علة مؤثرة فى الحكم ، اذ اى مانع يمنع من الجمع بين نهيين فى مادة واحـدة واحدهما معلل بعلة تخالف علة الآخر او مقيد بقيد لا يقيد به الآخر وقدجاء فى القرآن الكريم فى مواضع كثيرة فجمعت عدةمنهيات فى موضع واحد متعاطفة والنهى فيها ليس معللا بعلة واحدة بل كل نهى له علة خاصة به وبعض هذه النواهى مقيدة بما لم يقيد به غيره ، بناء على هذا كله ثبت أن النهى عن السماع فى قانون تحديد سن الزواج غير مقيدة بحالة انكار المدعى عليه .

ان البعض قصر هذا النهى على دعوى عقد الزواج فقط واستباح ان يفهم أن المنهى عن سماعه فى هذا القانون هو ادعاء عقد الزواج ليس الا ، أما ما يترتب على عقد الزواج من آثار وما أكثرها فالدعوى بها فى نظره مسموعة والنهى لم يشملها ، وبنـاء على رايه هذا لا مانع من سماع دعوى النفقـة والطاعة والصداق والميراث وغير ذلك من آثار عقدالزواج ، ولو كانت سن احد الزوجين وقت العقد تقل عن السن المحددة فى القانون لأن هذه الدعاوى فى رايه لا تسمى دعاوى زوجية بل تسمى دعوى نفقة أو طاعة أو صداق أو ميراث ، وهذا التفسير خطير جدا لأن عقد الزواج غير مقصود لذاته بل لمـا يترتب عليـه من آثار . فمدعى الزواج لا يقصد بدعواه ولا يستفيـد منها الا آثاره المترتبة عليه وولى الأمر ابعـد نظرا من أن يكون مقصده من هـذا القانون النهى عن سماع دعوى عقد الزواج فقط دون النهى عن سماعدعوى النفقة والطاعة والارث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج لأنه لو كان مقصده هذا لأصبح نهيه عديم الأثر والقيمة اذ فى استطاعة المدعى أن يترك دعوى عقـد الزواج ويدعى بما يشاء من الآثار المترتبة عليـه فتسمع دعواه ويحكم له بما طلب وحسبه هذا وكفى ، ثم هو فى غنى عن الحكم له بثبوت عقد الزواج نفسـه ما دام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشـاء من آثار هذا العقد بدون استثناء وحاشا أن يكون قصد ولى الأمر هذا العبث البعيد عن الحكمة على أن تصريح واضع القانون بالغرض من هذا النهى ، وهو أنه راى المصلحة العامة فى تأخير عقد الزواج حتى يبلغ الزوجان السن المحددة كما سبق ذكره فمنع من مباشرة عقد الزواج قبل هذه السن ومنع القضاة من سماع دعوى الزوجية خلافا لذلك الا بأمر يصدر منه ـ تصريحه هـذا يدل من غير شك على ان النهى شامل لدعوى عقد الزواج وكل دعوى بحق مترتب على عقد الزواج وتفسير النهى بغير هذا يؤدى الى تعطله وجعله عديم الأثر والفائدة . وذلك يعد احتيالا لعكس ما قصده ولى الأمر من نهيه توصلا الى مخالفته وهو صاحب الولاية العامة الذى يستمد منـه القضاة سلطتهم

ويجب عليهم الوقوف عند حد ما خولهم القضاء فيه دون الاحتيال لتجاوزه والا صار قضاؤه باطلا لأنهم معزولون عن القضاء فيما عداه .

وايضا فان نص النهى الوارد بالقانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ هو لا تسمع دعوى الزوجيـة وكذلك النهى فى أصـل المادة ١٠١ نصه لا تسـمع دعوى الزوجية ومنصوص فيها ان النهى عن السماع انما هو بعد وفاة أحد الزوجين ولا شك انه بعد وفاة أحد الزوجين لا تكون الدعوى دعوى عقـد زواج بل تكون الدعوى بحق مترتب على العقد كالميراث أو الصداق لأنه لا يمكن ادعاء عقد الزواج بعـد وفاة أحد الزوجين مجردا عن دعوى حق آخر مترتب على عقد الزواج كالصداق أو الميراث ، ولو ادعيت دعوى كهذه بعقد زواج بعـد وفاة أحد الزوجين مجردة عن كل حق آخر لاتسمع كما هو مقرر فى النفقه فثبت من ذلك أن كلمة (دعوى زوجيـة) فى المنصوص فى أصل المادة ١٠١ لا يمكن قصرها على دعوى عقد الزواج وتفسيرها بدعوى عقـد الزواج فقط مستحيل وباطل لأنه لا يمكن بعد وفاة أحد الزوجين الاقتصـار على دعوى عقد الزواج فقط ، فكيف مع هذا تفسر هذه الكلمة نفسها وهى كلمة (دعوى الزوجية) فى النهى المنصوص عليه فى الفقرة الرابعة التى زادها القانون ٥٦ سنة ١٩٢٣ فى آخر المادة ١٠١ بأن مدلولهـا قاصر على الزواج فقط مع أن اللفظ واحد فى النهيين هذا تحكم لا وجه له . ومع هـذا اذا فرضنا فرض مطاولة لا فرض تسليم أن المقصود من دعوى الزوجيـة فى القانون رقم ٥٦ دعوى عقد الزواج لا غير فان دعوى النفقة والطاعة أو الصداق أو الميراث أو غير ذلك بسبب الزواج هى دعوى عقد زواج وزيادة لأن الزوجة التى تدعى النفقة على زوجها تدعى عقد الزواج صراحة على زوجها المدعى عليه وتزيد فى ذلك دعواها استحقاق النفقة عليه فدعواها مؤلفة من جزئين دعوى عقـد الزواج ودعوى استحقاق النفقة نعم انها تطلب الحكم بالنفقة فقط ولا تطلب الحكم بالزواج ولكن أساس دعواها فى كل حال دعوى عقـد الزواج والقاضى ليس فى وسعه أن يمتنع عن سماع دعوى عقد الزواج ثم يحكم بأثره المترتب عليه لأنه متى سقط الأصل سقط الفرع فمن ذلك يتعين انه حتى ولو قصر النهى فى القانون رقم ٥٦ على دعوى عقد الزواج لا غير يلزم عدم سـماع أى دعوى مترتبة على عقد الزواج لأن سماعها يستلزم سماع دعوى عقد الزواج ولهذا نظير فى القانون وهو ان النهى فى أصل المادة ١٠١ يقضى بعدم سـماع دعوى الزوجية عند الانكار بعد وفاة أحد الزوجين الا بمؤيد كتابى ما عـدا الحالة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية ، وقد جرى اجماع القضاة على عدم سماع دعوى الارث بسبب الزواج الا بمؤيد كتابى للزواج فيما عدا الحـالة السابق ذكرها مع أن مدعى الارث بالوفاة والوراثة وبنصيبه فى التركة فقط ولا يطلب الحكم بالزواج قط ولكن القضاة على الدوام يحكمون بعدم سـماع دعوى الارث المذكورة كلما عجز المدعى عن تقديم المؤيد الكتابى لعقد الزواج

مع ان المنهى عنه فى النص هو سماع دعوى الزوجية لا دعوى الارث بسبب الزواج ، وهذا لأنهم لا يشكون فى ان سماع دعوى الارث بسبب الزواج يتضمن سماع دعوى عقد الزواج ، فاذا هم سمعوا دعوى الارث بسبب الزواج من غير مؤيد كتابى للزواج فقد خالفوا ولى الأمر الذى يستمدون منه الولاية فصار قضاؤهم باطلا . ولا شك انه لا فرق بين هذا وما نحن فيه . فان النص فى النهيين واحد وهو (لا تسمع دعوى الزوجية) وانما الفرق بين النهيين فى المادة ١٠١ مقيد بحالة الانكار لأن الحامل عليه محاربة التزوير والدعاوى الباطلة بخلاف النهى فى قانون تحديد سن الزواج كما سبق شرحه وبناء على ما ذكر يمتنع سماع دعوى نفقة الزوجية او الصداق او غير ذلك من دعاوى الزوجية بدون استثناء متى كان عقد الزواج قد حصل قبل بلوغ احد الزوجين السن المحددة فى القانون ٥٦ سنة ١٩٢٣ ـ الى هنا ثبت (أولا) : أن النهى عن سماع دعوى الزوجية فى قانون تحديد سن الزواج رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ هو نهى مطلق غير مقيد بحالة انكار المدعى عليه . (ثانيا) : أن المقصود بدعوى الزوجية فى هذا القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج وأى دعوى بحق مترتب على عقد الزواج كدعوى النفقة أو الصداق او الميراث .

١٩٦٥/٩ طنطا (١٣/١٠/٣٠) م ش ٢/٨٥٨

□■□

(المبدا ٧٥) : النهى عن عدم سماع دعوى الزوجية فى حالة عدم بلوغ احد الزوجين السن المحددة ليس قاصرا على دعوى الزوجية فقط بل وعلى ما يترتب عليها ايضا من طاعة وميراث وغير ذلك ـ لأنه متى سقط الأصل سقط الفرع .

ان البعض قصر النهى عن السماع فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ على دعوى عقد الزواج فقط اما ما يترتب على عقد الزواج من حقوق فالدعوى بها فى نظره مسموعة والنهى لا يشملها ـ وبناء على رأيه هذا لا مانع من سماع دعاوى النفقة والطاعة والارث وغير ذلك من آثار عقد الزواج ولو كانت سن احد الزوجين تقل عن السن المحددة وقت الدعوى لأن هذه الدعاوى فى رأيه لا تسمى دعاوى زوجية بل تسمى دعوى نفقة أو طاعة أو ميراث ، وهذا التفسير غير صحيح للأسباب الآتية :

اولا : لأن ولى الأمر ابعد نظرا من ان يكون مقصده فى حالة عدم بلوغ احد الزوجين السن المحددة النهى من سماع دعوى عقد الزواج فقط دون النهى عن سماع دعوى النفقة او الطاعة أو الارث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على عقد الزواج لأن المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ نصت على أن الدافع الى هذا النهى هى الرغبة فى تأخير عقد الزواج حتى يبلغ الزوجان

السن المحددة ولهذا منع من تسجيل عقد الزواج ومن سماع دعوى الزوجية قبل بلوغهما السن المذكورة وهذا يدل على انه يقصد نهيا شاملا لدعوى عقد الزواج وكل حق مترتب عليه لئلا يصير نهيه عديم الأثر والقيمة اذ فى استطاعة كل من الزوجين أن يستغنى عن الادعاء بالزوجية ويدعى بما يشاء من الحقوق المترتبة عليها فتسمع دعواه بناء على هذا الرأى ويحكم له بما طلب وحسبه هذا وكفى .

ثانيا : لو سلمنا جدلا ان المقصود بالنهى عن سماع دعوى الزوجيــة فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ هى دعوى عقد الزواج فقط فان دعوى النفقــة أو الطاعة أو الارث هى دعوى زواج وزيادة لأن الزوجة التى تدعى الارث من زوجها المتوفى تدعى الزواج منه وتدعى ايضا استحقاق الارث منه فدعواها مؤلفة من شطرين دعوى الزواج ودعوى الميراث بسبب الزواج والقاضى اذا لزمه عدم سماع دعوى الزواج عملا بالفقرة الخامســة من لمادة (٩٩) يلزمه ايضا عدم سماع دعوى الميراث المترتبــة على الزواج لأنه متى سقط الأصــل سقط الفرع ــ يؤيد هذا أن الفقرة الأولى من المادة ٩٩نصت على عدمسماع دعوى الزوجية أو الطلاق عند الانكار بعد وفاة احد الزوجين الا بمؤيد كتابى ، وقد جرى اجماع القضاة فى دعاوى الارث بسبب الزواج من قديم على عدم سماعها عند انكار الزوجية الا بمؤيد كتابى لعقد الزواج وهذا دليل على انهم يعدون دعوى الارث بسبب الزوجية دعوى زوجية وزيادة ولو لم يعتبروها كذلك لما جرى جماعهم من قديم على طلب مؤيد للزوجية فيهــا وهم دائمــا يحكمون بعدم سماع دعوى الميراث بسبب الزوجية عند انكار الزوجية كلمــا عجز المدعى عن تقديم المؤيد الكتابى . وهذا لأنهم لا يشكون فى أن سماع دعوى الارث بسبب الزوجية يتضمن سماع دعوى الزوجية .

وجملة القول أن المسألة تحتاج الى تفصيل فدعوى عقد الزواج لاشك انها غير مسموعة اذا كان سن احد الزوجين تقل عن السن المحددة فى القانون وقت الدعوى قولا واحدا ، اما الحقوق التى تنشأ عن عقد الزواج فهى قسمان فما لا يتوقف منها على ثبوث عقد الزواج اذا ادعيت لا بناء على عقد الزواج كالنسب والمهر فانهما قد يثبتان بالوطء بشبهة فلا شك انه غير منهى عن سماعها ول وكان سن الزوجة أقل من السن المحددة لأن القاضى لا يسمع فى ضمن الدعوى بهما دعوى زوجية بل يسمع دعوى وطء بشبهة مثلا ــ امــا الحقوق التى تتوقف على ثبوت عقــد زواج صحيح كالنفقــة والارث فهذه لا يجوز سماعها الا بعد بلوغ الزوجين السن المحددة .

٤٠/٦١ ك مصر (١٩/٣/٤١) م ش ١٢/٧/٦٦

□■□

(المبدأ ٧٦) : الدعوى التى نهت عن سماعها الفقرة الرابعة من المادة ١٠١ من القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ وهى الخاصة بتحديد سن الزوج ــ هى

الدعوى التى تكون الزوجية فيها محل نزاع بين الخصمين ، اما الدعوى التى تكون الزوجية فيها مسلما بها من الخصمين والمطلوب الحكم به هو من الحقوق المترتبة على هذه الزوجية كالنفقة مثلا فلا ينطبق عليها حكم هذه المادة ــ وعلى هذا تكون دعوى النفقة ممن تزوجت وسنها اقل من ستة عشر سنة مسموعة مادامت الزوجية معترف بها وليست محل نزاع سواء اكان هذا الاعتراف فى مجلس القضاء ام قبله».

وحيث ان البحث فى أن القرار الصادر بعدم سماع دعوى النفقة بالنسبة للمستأنفة غير صحيح من عدمه يعتمد البحث ــ (اولا) : هل تنطبق الفقرة الرابعة من المادة ١٠١ ق ٣١ سنة ١٩١٠ على دعوى الزوجية فقط أو عليها وعلى كل حق من حقوقها كالنفقة مثلا ؟ . (ثانيا) : هل تنطبق الفقرة المذكورة ان ساغ تطبيقها على الحقوق المترتبة على الزوجية كالنفقة « عند الاعتراف بالزوجية » أو لا تنطبق ؟

وحيث انه بالنسبة للموضوع الأول فان نص الفقرة المذكورة « لا تسمع الدعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة وسن الزوج عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد الا بامر منا » وهذا النص كما ترى من عبارته « لا تسمع دعوى الزوجية » خاص بالمنع من سماع دعوى الزوجية فقط بالقيود المبينة فيه ولا يشمل دعاوى الحقوق المترتبة عليها لوجود الفوارق الشرعية والقانونية بين دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب على الزوجية كدعوى النفقة ــ فشهادة الاستفسار كافية شرعا فى الحكم بالنفقة بينما هى لا تصلح للحكم بالزوجية ، على أن القضاء بالنفقة شرعا ليس قضاء بالزوجية ــ اما التفرقة من الوجهة القانونية بين الدعويين ــ دعوى النفقة ودعوى الزوجية فان دعوى الزوجية هى التى يطلب الحكم فيها بثبوت الزوجية ، فتكون الزوجية هى محل النزاع بين الخصمين وما يطلب الحكم به بخلاف دعوى النفقة فهى التى يطلب الحكم فيها ، بفرض نفقة حتى لو انكرت الزوجية فى دعاوى النفقات صارت الدعوى دعوى زوجية ولو أراد واضع القانون أن تكون الفقرة المذكورة عامة تشمل دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب عليها كالنفقة لأتى فى صيغة الفقرة بعبارة تشمل ذلك كعبارة (لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى حق مترتب عليها) مثلا .

ولكن صيغة المشرع اقتصرت على عبارة (لا تسمع الزوجية) الى آخر ما هو مبين فى الفقرة والاقتصار على النص هنا متعين خصوصا اذا لوحظ أن فى الاقتصاد على النص دفع حرج عن المتقاضين . لوجود الفوارق بين الدعويين الزوجية ودعوى النفقة من الوجهتين الشرعية والقانونية كما اسلفنا واقتصار واضع القانون على عبارة (لا تسمع دعوى الزوجية) من غير ان يجعلها عامة للزوجية والحقوق المترتبة عليها ، لذلك كان المنع من سماع الدعوى المبين بالفقرة المذكورة خاصا بالمنع من سماع الدعوى التى يطلب

الحكم فيها بثبوت الزوجية فقط وذلك عند وجود النزاع بين الخصمين فى ثبوت الزوجيـة وعدم ثبوتها وتلك حالة الانكار ـ أما أخـذ الانكار فى عدم سماع دعوى الزوجيـة التى نهت الفقرة المذكورة من سماعها فمفهوم من صدرة المادة ١٠١ من القانون ٣١ سنة ١٩١٠ وقد سـار العرف القضائى الشرعى على هذا .

واذن فدعوى الزوجية المنصوص عليها فى الفقرة الرابعة المذكـورة هى الدعوى التى يطلب الحكم فيها بثبوت الزوجية عند الانكار فقط ولا تشمل الفقرة المذكورة الدعوى التى يطلب فيها بحق مترتب على الزوجية كالنفقـة مثلا .

وحيث انه عن الموضوع الثانى فانا لو سلمنا ان الفقرة الرابعة المذكورة تشمل دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب عليها كالنفقة مثلا فانما يكون ذلك على فرض تسليمه عند انكار الزوجية كما بينا اولا والزوجية هنا لا نزاع فيها اصلا فلا مانع من سماع دعوى النفقة ما دامت الزوجية مسلما بهـا من لخصمين .

والنتيجة أن دعوى الزوجية التى منعت عن سماعها الفقرة الرابعة فى ٣١ سنة ١٩١٠ المحاكم الشرعية هى الدعوى التى يطلب فيها بالزوجية عند الانكار ـ أما الحقوق المترتبة على الزوجيـة كالنفقـة مثلا فانه لا مانـع من سماعها بمقتضى الفقرة المذكورة مادامت الزوجية مسلما بها من الخصمين .

٣٣٩/٢٨ س ك بنى سويف (٣٠/٧/٢٢) م ش ٩١٢/٢

□■□

(المبدأ ٧٧) : اذا اجتمع المطلق والمقيد فى الكلام المنفى فلا يحمل المطلق على المقيد بل يبقى المطلق على اطلاقه اجماعا ومن ذلك ما جـاء بالمادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ من منع سماع الدعوى لعدم بلوغ احد الزوجين سن الزواج ـ الدفع بعدم بلوغ الزوجة سن الزواج من النظـام العام يصح ابـداؤه بعـد الاعتراف بالزوجية ولا يقبل من الخصوم مخالفته ولا الاتفاق على ابطاله .

الدفع بعدم السماع لصغر سن المدعية توجيهه بعد الاعتراف بالزوجية مقبول بل هو بطبيعته لا يكون الا كذلك والفقرة الرابعة من المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ التى تمنع من سماع الدعوى اذا كان سن الزوجة اقل من ستة عشرة سنة او سن الزوج اقل من ١٨ سنة جاءت مطلقة ولم يقيد فيها المنع بحالة الانكار ولا وجه لتقيدها به كما صرح به من قبل مع كل حالة وقد نص علماء الأصول الفقهية على انه اذا اجتمـع المطلق والمقيـد فى كلام مثبت فان اختلف الحكم فلا يحمل المطلق على المقيد وان اتحد واختلفت الحادثة حمل عند علماء الشـافعية لا عندنا وان اتحد حمل المطلق على المقيد وقيده بقيده اجماعا

وان كان النص منفيا فلا حمل ويعمل بالنصين معا باتفاق والنصوص الواردة فى المادة المذكورة قد اتحد فيها الحكم ولكن اختلفت الحادثة فبعضها يتعلق بقيده فى ورقة وبعضها يتعلق بسن التزاوج ـ ثم لاشك ان الكلام غير مثبت ومن هذه الناحية يكون الواجب اجماعا جعل المطلق على اطلاقه فيشمل حالتى الاقرار والانكار (راجع الجزء الأول من التوضيح فى باب المطلق على ان علماء القانون الوضعى قرروا ان أحكام القانون التى روعى فى وضعها المصلحة العامة تعتبر من النظام العام ولا يقبل من الناس مخالفتها ولا الاتفاق على ابطالها وللخصوم ان يتمسكوا بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ـ والأحكام التى من هذا القبيل قد ينص عند تشريعها على انها من النظام العام وقد لا ينص فيها على ذلك لكنه يعرف من روح التشريع ويبدو لأول نظرة ان قانون سن الزوج قد روعى فى تشريعه تخليص الأسرة من تلك الأمراض الوبيلة الناجمة عن تزويج الصغار ثم اقامتها على أساس متين من زوجين قوى منهما الساعد واتسع الفكر وتوافر لكليهما اختيار رفيقه وشريك حياته حتى يستطيع القيام بأعباء المنزل وتنشئة أولادهما على القدوة الصالحة والمثل الأعلى ولاشك ان هذه مصلحة عامة فان الأسرة وحدة المجتمع اذا صلحت صلح المجتمع كله . اذن فقانون سن الزواج من النظام العام والتمسك بأحكامه جائز فى اى حالة كانت عليها الدعوى .

ولابد أن يكون المشرع قد راعى ذلك فى اطلاق المنع من السماع على أننا لو جارينا بعض المحاكم فى تقييد النص بحالة الانكار فليس الغرض من المادة انكار الزوجية بل انكار الحق المدعى وهو النفقة فى هذه الدعوى والمدعى عليه لم يعترف به بل اعتبر موقفه السالف اعترافا بالزوجية فحسب بقى ان يقال أن المنع من السماع انما هو من دعوى الزوجية وهذه الدعوى ليست كذلك بل هى دعوى نفقة وهذا القول بعيد عن الصواب لأن كل الحقوق التى يكون سببها الزواج من نفقة وطاعة ومهر لابد أن يكون الزواج أحد وقائعها ولا تثبت ولا تستحق الا بعد ثبوته وبناء على ذلك يكون النص لا محالة شاملا لكل الدعاوى المتعلقة بهذه الحقوق ومنشور الوزارة الصادر فى ٣١/١/١٩ برقم ٢٩ صريح فى ذلك والمذكرة التفسيرية عند تعليقها على هذه الفقرة والتى قبلها لم تستثن من دعوى الزوجية الا دعوى النسب فلم تشترط لسماعها مسوغا وواضح من ذلك الاستثناء ان بقية حقوق الزوجية ظلت على المنع.

٣٨/٣٠١ كوم أبو (٣٩/٥/٢٨) م ش ٨٨/٦/١١

□■□

(المبدأ ٧٨) : العبرة فى سماع دعوى الزوجية بسن الزوجة حين الدعوى لا بسنها عند العقد عليها .

ان المعول عليه ان تكون سن الزوجة ست عشرة سنة وقت الدعوى كما يثبت ذلك المذكرة الايضاحية للفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ وكلام المدعى يفيد ان سنها لا تقل عن السن المحددة للسماع .

٣٣/٢٢٤ فارسكور (٣٤/٥/١٢) م ش ٩٨٣/٦

□■□

(المبدأ ٧٩) : يكفى فى سماع دعوى الزوجية المدعاة قبل سنة ١٩٣١ اقرار المتوفى فى اشهاد ولو كان صادرا منه بعد سنة ١٩٣١ .

يكفى فى سماع دعوى الزوجية (المدعاة قبل سنة ١٩٣١) اقرار المتوفى فى اشهاد بانه (رزق ببنته بصحيح النسب من زوجته هذه التى كانت زوجة له) ولو كان الاقرار صادرا منه بعد سنة ١٩٣١ لأن المنصوص عليه شرعا أن الرجل اذا اقر بالزوجية وصدقته المقر لها تثبت الزوجية وترث من المتوفى .

٣٦/١٩٠ العليا (٤٧/١٢/٢١) م ش ٣٩٧/٩

□■□

(المبدأ ٨٠) : المانع من سماع دعوى ازوجية بعد سنة ١٩٣١ اذا لم توجد وثيقة رسمية قاصر على دعوى الزوجية .

المانع من سماع دعوى الزوجية بعد أول اغسطس سنة ١٩٣١ اذا لم توجد وثيقة رسمية بها قاصر على دعوى الزوجية لايتعداها الى سماع دعوى النسب للولد ولو كان من هذه الزوجية غير الثابتة .

٣٤/١٢٩٧ المنيا (٣٦/٥/١٨) ت س م ش ١٣٧/١٠

□■□

(المبدأ ٨١) : اثبات دعوى الزوجية استقلالا غيرها ضمن دعوى النفقة.

من حيث أن اثبات النفقة غير اثبات الزوجية ، والحكم بالنفقة شرعا غير الحكم بالزوجية .

٢٩/٣٢٩ شبرا خيت (٢٩/٩/٢٦) م ش ٩١٦/١

□■□

(المبدأ ٨٢) : المراد بدعوى الزوجية المنصوص عليها فى الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ ما يشمل دعواها قصـــدا وضـــمنا فيتناول دعوى الزوجية فى ضمن دعوى الطلاق ـ لا تسمع دعوى الطلاق اذا كانت سن الزوجة اقل من ست عشرة سنة أو سن الزوج اقل من ثمانى عشرة سنة قبل وقت رفع الدعوى .

وحيث انه تبين من اعتراف المدعية ان الزوج قاصر وقت رفع الدعوى وصرح وكيلها ان سنه لا يجاوز التاسعة وبمقتضى ذلك لا تسمع الدعوى عملا بالمادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ فقد نصت على أن دعوى الزوجيـــة لا تسمع اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة او سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ، ولاشك ان دعوى الطلاق متضمنة لدعوى الزوجية ومبنية عليها فنص المادة المذكورة شامل لها لأنه لم يفرق بين دعوى الزوجية قصدا ودعواها ضمنا ، وقد جاء منشور الحقانية رقم ٢٦ فى١٩٣١/١٠/١٩مؤيدا لما ذكرنا فانه نص على أن دعوى الزوجية لا تسمع مطلقا سواءكان النزاع فى ذات الزوجية أم فيما ترتب عليها من الآثار .

٩٣١/٣٤٩ سنورس (٣١/١/٢٠) ت س م ش ٥٦٩/٣

□■□

(المبدأ ٨٣) : تسمع دعوى اثبات الزوجية من غير تقديم وثيقة الزواج اذا دلت الملابسات والظروف على حصول خطا من المأذون أدى الى عدم اثباته هذا الزواج بوثيقة رسمية .

الزواج حصل فى سنة ١٩٣٥ ـ ولم يثبت بوثيقة رســمية ـ والزوج منكر للزوجية ، ومن حيث ان المدعى عليه قد اقر امام محكمة الاستئناف بأن الخطاب المقدم صادر منه للمدعية وهذا الخطاب يشتمل على جملتين يستدل منهما على الاقـــرار بالزوجية (الأولى) قـــوله فى صـــدر الخطاب ـ حضرة المحترمة زوجتى ـ (الثانية) قوله لها فى اثناء الخطــاب (أحلف لكَ يمينــا بالطلاق) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف هاتين الجملتين اقررا بالزواج أمام مجلس القضاء لأنه اعترف امام المحكمة بالخطــاب المتضـــمن اقرارا صريحا بالزوجية وأنه منه وبعد هذا الاقرار لا يوجد مانع من سماع الدعوى لأن عدم سماعها انما هو فى حالة الانكار فقط . ومن حيث أن الزوجيـــة قـــد ثبتت بالأدلة المعتبرة شرعا من ذلك شهادة أكثر من شـــاهدين من الشـــهود الذين شدوا ان مأذون الناحية باشر عقد الزواج ولكنه لم يثبته فى دفتره كم اثبت من اقوال الشهود أن هذا الزواج كان مشهورا ...) .

٣٥/٥٧٧ السنطة (٤٧/١٢/٢٣) س م ق ن ٧٨/٣/١١

□■□

(المبدأ ٨٤) : طلب اثبات الزوجية من تاريخ سابق قبل الوفاة من غير ادعاء مال غير جائز شرعا .

طلب اثبات الزوجية من تاريخ خاص يرجع الى ما قبل الوفاة بأعوام ــ من غير ادعاء مال ــ غير جائز سماعه شرعا لأن الزوج المتوفى ، والدعوى عليه بالمال لا يمكن ان يكون خصما فى مثل هذه الدعوى .

٣٩/٢٤٤ ك مصر (٤٠/٥/٢) م ش ٦٣/٦/١١

□■□

(المبدأ ٨٥) : لا تسمع دعوى الزوجية عند الانكار الا بوثيقة زواج رسمية ــ المراد بالانكار الوارد بالمادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ــ الاعتراف بالخطاب المتضمن اقرارا صريحا بالزوجية يعتبر اقرارا امام مجلس القضاء وكذلك الاقرار بالتوقيع على ورقة تثبت حقا وعدم الطعن عليه يعتبر اقرار بنفس الحق .

حيث انه بقطع النظر عن أن المراد بالانكار فى هذه الفقرة وما يماثلها من المادة ٩٩ الانكار حين الخصومة أمام القضاء ولو سبقه اقرار خارج مجلس القضاء ــ اذ أن المراد به الانكار الذى لم يوجد اقرار سابق ينافيه ولو لم يكن امام مجلس القضاء ما دام ثابتا بالطريق الذى بينه القانون وبذلك تكون الحالة التى معنا فى هذه الدعوى حال اقرار أمام مجلس القضاء ، لا حال انكار لأنه اعترف أمام المحكمة بالخطاب المتضمن اقرارا صحيحا بالزوجية وانه منه ــ وهو لو اقر بانه اقر بكذا ولم يقم الدليل على كذب اقراره الأول كان مقرا بالحق الذى اقر بانه اقر به ــ وكذا لو اقر بالتوقيع على ورقة تتضمن حقا ولم يطعن فى التوقيع بما يهدره اعتبر مقرا بنفس الحق . وبعد هذا الاقرار لا يوجد ما يمنع سماع هذه الدعوى لأن عدم سماعها انما هو فى حال الانكار فقط .

٣٥/١٣١٦ ك س طنطا (٣٧/٥/٨) م ش ٧٤٢/١٠

□■□

(المبدأ ٨٦) : محتم فيما يسيغ سماع دعوى الزوجية بعد الوفاة للارث ان يكون مثبتا لها .

حيث ان قرار المحكمة العليا يتضمن الحكم بسماع الدعوى لأنها قررت السير فى الدعوى والسير فيها لا يكون الا بعد كونها مسموعة ، وقد لما ان الأوراق كافية لتسويغ سماع الدعوى قول منها بان الأوراق كافية لاثبات الدعوى وذلك لأن الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ تنص صراحة على انه لا يجوز سماع دعوى الزوجية الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية او مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه ــ وكذلك ليس

الفرض من الثبوت هنا مطلق الدلالة على الدعوى بل المقصود به الدليل المثبت للزوجية . فقد كان نصها فى القانون ٣١ سنة ١٩١٠ كما يأتى : (اما الحوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الافرنكية فلا تسمع الا اذا وجدت اوراق رسمية او مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر الفقرة الثالثة من المادة ١٠١ ولما كان هذا النص فيه ابهام لعدم وضوح الفرض من كلمة تدل على ما ذكر) ــ صدر القانون ٣٣ سنة ١٩١٣ وبين أن الفرض من دلالة الأوراق الرسمية والمكتوبة بخط المتوفى وعليها امضائه ان تكون مثبتة للدعوى وقد وضعت هذه الفقرة بنصها فى القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ وحينئذ لا يمكن للمدعى عليهم أن يناقشوا امام هذه المحكمة فى ثبوت دعوى زوجية المدعية بالمتوفى بهذه الأوراق بعد ان قالت المحكمة العليا كلمتها النهائية فيها .

٣١/٣ ك المنصورة (٣٤/٤/٢٢) ت س م ش ٣٥٦/٦

□■□

(المبدا ٨٧) : دعوى نفقة الزوجية لا تندفع بالطلاق متى ثبت قيام الزوجية بعد الطلاق .

لا تندفع دعوى نفقة الزوجية بالطلاق متى ثبت بعده اقرار الزوج بقيام الزوجية وكان بين هذا الاقرار وبين الطلاق المدعى زمنا يسع زواجها بغيره ثم طلاقها من هذا الغير وعودتها الى عصمته .

٥٠٠/٣٢ ك س الزقازيق (٣٤/٢/٤) م ش ٥٥٦/٥

□■□

(المبدا ٨٨) : التنازل عن حقوق الزوجية وعن الدعاوى المتعلقة بها هو بمثابة ابراء عام منها ــ فهو ابراء استيفاء ، لا ابراء اسقاط ــ يشمل الحقوق الثابتة وقت حصوله والنفقة المستقبلة الى انقضاء العدة .

أن التنازل عن حقوق الزوجية وعن الدعاوى المتعلقة بها هو بمثابة ابراء عام منها وقد جعل الابراء العام فى مقابل عوض هو المبلغ الذى قبضته فعلا باعتراف المدعية فصار فى الواقع ابراء استيفاء لهذه الحقوق لا ابراء اسقاط ومتى كان ابراء استيفاء فانه يشمل الحقوق الثابتة وقت حصوله كما يشمل النفقة المستقبلة الى انقضاء العدة فهى باقرارها بقبض العوض قد اقرت ضمنا باستيفاء نفقة عدتها مقدما وابرات المدعى عليه من الدعاوى الخاصة بها ــ واذا كانت نفقة العدة المستقبلة لم تثبت فى الذمة وقت الابراء فان الاقرار باستيفائها قبل وجوبها صحيح شرعا كما هو منصوص

عليه فى معتبرات كتب المذهب ـ جاء فى ابن عابدين فى باب النفقة تعليقا على صاحب التنوير « الابراء من النفقة قبل وجوبها باطل ويستثنى من ذلك ما اذا كان الابراء بعوض فيجوز لأنه استيفاء قبل الوجوب » ـ أما الأول فهو اسقاط للشيء قبل وجوبه فلا يجوز كما فى الفتح .

٣٩/٢٧٨٣ ك س مصر (٤٠/١٠/١٧) م ش ١٢ع/١/٨٩

□■□

(المبدأ ٨٩) : الأجدر لقبول دعوى دين الصداق فى التركة اشتراط وضع اليد عليها جميعا اذا كان الدائن من الورثة وواضعا يده على بعضها.

حيث أن المعارض دفع بأن المعارض ضدها واضعة يدها على اكثر مما يخصها من اعيان التركة وما وضع يده عليه منها انما هو لاستيفاء حق جعله له المتوفى فلا يكون ملزما بأداء الدين وساق لتأييد هذا الدفع ما جاء بالهداية فى باب المواريث ونصه : « الا انه انما يثبت استحقاق الكل سواء أكان دينا أم عينا على احد الورثة اذا كان الكل فى يده » ومن حيث ان هذا النص وان لم يسلم من الاعتراض عليه حيث صرح فى فتح القدير بأن اشتراط كون الكل فى يده صحيح فى العين دون الدين كما نقله صاحب التكملة عن البحر وقال انه الحق (ص ٣٠ جزء أول) الا أن ما ورد فى الهداية تأيد أيضا بما ورد فى العناية والنهاية. وحيث أن اختلاف آراء الفقهاء وارد فيما اذا كان الدائن غير واضع يده على شيء من اعيان التركة التى يجب اداء الدين منها كما هو ظاهر النصوص التى سبقت الاشارة اليها . ومن حيث ان الدين المدعى هو لوارث وقد اعترف وكيلها بوضع يدها على بعض أعيان التركة فقد رات المحكمة ان الأجدر بالتطبيق هو الأخذ بما ورد فى الهداية والعناية لأنه لا معنى للحكم على المعارض بأداء الدين مما تحت يده فى التركة دون ما تحت يدها منها والجائه الى ان يقاضيها ثانية بما يخص ما تحت يدها من الدين لأن هذا عيب يتجافى عنه التشريع .

٣٢/١٦٤٩ المحلة (٣٤/٤/٣) م ش ٥/٧٨٠

□■□

(المبدأ ٩٠) : دعوى دين الصداق على الوصى هى دعوى دين على الميت لا تعلق لها باعيان التركة فى الاختصاص فلا تكون من مشتملات المادة ٢٥ من اللائحة بل من مشتملات المادة ٢٤ على كل حال وسواء أكان المدعى عليه فيها زوجا او وصيا او وارثا .

حيث ان المادة ٢٥ من اللائحة نصت بصريح العبارة على مسائل ذكرتها على سبيل الحصر وهى مواد اثبات الوراثة والوصية والايصاء

فقط ، وواضح ا ن دعوى دين الصداق ليست واحدة من فيها قطعيا ، فالقول بانها داخلة فيما تشمله هذه المادة قول لا مبرر له من عقل او تشريع وادعاء باطل على ان دعوى الصداق دعوى دين ـ ودعوى الدين تتوجه على الوارث أو الوصي ولو لم يكن بيده شيء من التركة بل ولو لم يكن الميت مدينا وهذا من أوليات الفقه ـ فالأوجة تطبيق المادة ٢٤ لأن المهر ذكر صريحا ضمن مشتملاتها ولم يفرق المشرع بين كون الدعوى به من الزوجة على الزوج أو وارث أو وصي ، فاطلاق هذه المادة يشمل دعوى دين الصداق من الزوجة أيا كان المدعى عليه لأن وصف الزوجية ثابت لها لا يؤثر فيها وفاة زوجها فبه ترث نصيبها من تركته وتقاضي نائب الميت « وارثا كان أو وصيا » فى سائر حقوقها التى هى آثار لزواجها بهذا الميت ولم يقل احد بأن وفاة زوجها أو تعلق دين الصداق بذمته يخرج هذه الدعوى عن كونها دعوى صداق من زوجة او يسقط حق خيارها فى رفعها فالحكمة التى راعها المشرع من ثبوت حق الخيار لمدعية الصداق لا تزال قائمة بعد وفاة زوجها حتى تستوف كل حقوقها التى هى آثار تلك الزوجية ،ومحاولة وكيله تخصيص الخيار فى مسائل النفقات فقط محاولة فاسدة لا يؤيدها فقه او دليل .

٣١/٤٤٤ شبرا خيت (٣٢/١٢/٨) ت س م ص ٤/٤٦٧

□■□

(المبدا ٩١) : دعوى الصداق لا تتوقف على بقاء زوجية المدعية بالمتوفى الى حين الوفاة ـ فلا يتوجه عليها ببطلان الزوجية من المتوفى المدين قبل الوفاة بسنة او أكثر .

ان دعوى المدعية (المطالبة بدين صداقها لحلوله بموت والد المدعى عليهم من تركته) هى دعوى دين فى تركة لا دعوى زوجية ـ كسائر دعاوى الدين على الميت لا تحتاج الى تحقق سبب وجوبه وتحقق بقائه بذمة المدين الى حين وفاته لم يسقطه مسقط من اداء أو ابراء ـ فليس من شروط صحتها بقاء زوجية المدعية بالمتوفى الى حين الوفاة ولا كونها وارثة له بصفتها زوجة له وانما تصح من الزوجة والمطلقة والأجنبية على السواء ولا يمنع من دعواها سبق طلاقها من المتوفى طلاقا مجردا ولا كونه حصل قبل الوفاة بسنة أو عشر وانما يمنعها مضى المدة الطويلة او الابراء من هذا الدين أو كون الطلاق المدعى من الخصم كان نظير الابراء من هذا الدين مثلا

٤٠/٤٩٢ اسيوط (٤١/١٢/١٣) ت س م ص ٧٢/٤/١٣

□■□

(المبدأ ٩٢) : يفرق بين دعوى دين الصداق ودعوى الوفاة والوراثة فلا يتوجه على الأولى الدفع بتطبيق المادة ١٧ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لأنها ليست دعوى ورثة .

مضى أكثر من سنة بين الطلاق والوفاة انما يعتبر اذا كانت المدعية تدعى الوفاة والوراثة للمتوفى بصفتها زوجة ـ وحينئذ فلا يتوجه الدفع بتطبيق المادة ١٧ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على دعواها الدين فى تركة المتوفى ، فدعواها الدين والحالة هذه صحيحة سواء ادعت المدعية بقاء الزوجية أم لم تدعيها ثبتت الزوجية أو لم تثبت فلم تكن الزوجية مقصودة لذاتها ولا لما يترتب عليها من ارث ونحوه وانما تذكر فى مثل هذه الدعوى فى معرض الطلبات المقصودة كسائر الوقائع الأخرى التى تكون غير مقصودة فى الدعوى لذاتها .

٤٠/٤٩٢ اسيوط (٤١/١٢/١٣) ت س م ش ٧٢/٤/١٣

□■□

(المبدأ ٩٣) : لا تتوجه الدعوى على تركة المتوفى الأمين على جهاز الغير ما دام ابنه يعلم بهذه الأمانة .

المنصوص عليه شرعا أن الامين لا يضمن الأمانة بموته اذا علم ان وارثه يعلمها قال فى تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار (ومنه) أى من المنع ظلما (موته) اى موت المودع (مجهلا فانه يضمن) فيصير دينا فى تركته الا اذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ا. هـ. باب الوديعة جـ ٤ ص ٥١٧ من كتاب رد المحتار شرح الدر المختار ومثله فى جامع الفصولين جـ ٢ ص١٠٨ ، والحكمة فى هذا ان الأمين متى علم ان وارثه يعلم الأمانة فقد أدى ما التزم به من حفظها الى موته وليس مطلوبا منه أكثر من ذلك وبموته على هذا الحال يكون غير مجهل لها بل تاركا لها فى يد عياله وقد كان له حفظها عندهم حال حياته فلا معنى لشغل ذمته بها .

٢٣/٥٦٤ ملوى (٣٤/٤/٣) م ش ٢٠١/٨

□■□

(المبدأ ٩٤) : تبتدىء المدة الطويلة المانعة من سماع دعوى الجهاز من وقت امتناع الزوج عن تسليمه للزوجة ، لان المعروف عرفا وعادة ان الزوج يمكن الزوجة من الانتفاع بجهازها مع تسلمه له ما دام فى وفاق ووئام فليس ثمة ما يدعو الزوجة الى المطالبة بجهازها فى تلك الحالة .

حيث أن المعروف عرفا وعادة أن الزوجة مع تسليمها أعيان جهازها الى زوجها فانه مع هذا يمكنها من الانتفاع بها فى مسكن الزوجية ماداما

فى وفاق ووئام فليس ثمة ما يدعو الزوجة للمطالبة بجهازها فى تلك الحالة حتى يقال انها تركت المطالبة به المدة الطويلة مع تمكنها منها وعدم العذر الشرعى لها فى ذلك وانما توجد الرغبة فى المطالبة عند الشقاق بين الزوجين .

٣٤/٩٨٥ ملوى (٣٥/١٠/١) م ش ٨٥٨/٧

□■□

(المبدا ٩٥) : دعوى دين الصداق التى ترفع من الوارث تعتبر من قبيل دعوى الارث فتعتبر المدة المانعة من سماع الدعوى بالنسبة لها هى ثلاث وثلاثون سنة .

ترى المحكمة أن هذه الدعوى هى من قبيل دعوى الارث التى استثناها الفقهاء وجعلوها كالوقف هى طلب حق قبل الغير وأن يكون هذا الحق ثبت للمدعى من جهة الارث سواء أكان هذا الحق عينا أم دينا أم غير ذلك ، لأن الكل يصدق عليه انه حق ثبت من جهة الارث واذن فلا تسقط الدعوى بالنسبة له بمضى ثلاث وثلاثون سنة .

٤١/٧٥٣ بنها (٤٢/١٢/٢٦) م ش ٧٩/١٤

□■□

(المبدا ٩٦) : لا يشترط فى دعوى ثبوت دين مؤخر الصداق فى ذمة الزوج المتوفى بيان حدود اعيان التركة .

حيث ان وكيل المعارض دفع بعدم سماع الدعوى لقصورها لأن المدعيه لم تحدد فى دعواها شيئا لا من العقار ولا من الأطيان وساق تأييدا لدفعه ما جاء بتكملة ابن عابدين صفحة ٣١٥ طبعة الحلبى ونصه « لكن انما يأمر القاضى الوارث بأداء الدين لو ثبت وصول التركة اليه ولو أنكر وصولها اليه لا يمكن اثباته الا بعد بيان أعيان التركة فى يده بما يحصل به الاعلام » ومن حيث ان النص انما أوجب بيان اعيان التركة بما يزيل الابهام كأن يبين أنواعها من عقار أو منقول والجهة التى هى فيها وقيمتها ولا شبهة فى أن هذه البيانات كافية فى ازالة الابهام ويحصل بها الاعلام الذى أورده النص والقول بأن البيان لا يتم الا بالتحديد تعسف لا يوجد من النص ما يؤيده . ومن حيث ان الدعوى اشتملت على بيان اعيان التركة وجهاتها وهو بيان كاف فى صحة الدعوى ــ ويكون الدفع غير مقبول ويتعين رفضه .

٣٢/١٦٤٩ المحلة (٣٤/٤/٣) م ش ٧٨٠/٥

□■□

(المبدأ ٩٧) : دعوى الورثة نصيبهم فى مؤخر صداق مورثتهم من قبيل دعوى المال وليست من قبيل دعوى الارث ـ فالمدة المانعة من سماعها خمس عشرة سنة .

ان دعوى الوارث نصيبه فى مؤخر صداق مورثته قبل ورثة مطلقها دعوى مال وليست دعوى وراثة لأن دعوى الوراثة دعوى اثبات الصفة واشتمالها على المال من مسوغات سماعها فالعبرة بالمقصود والغاية من الدعوى فى تكييفها لا بالمسوغ فيها ـ او بعبارة اخرى أن الدعوى تكيف بالمطلوب فيها أصلا لا بشروط صحتها ومسوغات سماعها . والنصوص الشرعية تؤيد ذلك فقد ذكر صاحب التكملة جـ/١ ص ٤٥ (وانه اذا ترك الشخص الدعوى عشر سنين مثلا بلا عذر شرعى ومات وترك دعواه وارثه أيضا البالغ عشر سنين أو خمس سنين فلا تسمع دعوى الوارث حينئذ لأن مجموع المدتين مدة المنع) ـ وهذا النص صريح فى أن دعوى الوارث نصيبه فى مؤخر صداق مورثه لا تعتبر دعوى وراثه لأن المقصود فيها ليس اثبات وراثته لمورثته ، والا لو اعتبرت دعوى وارثه لسمعت من الوارث فى هذه الصورة حيث لم يمض عليه خمس عشرة سنة او عشرون سنة من وقت ثبوت الحق فى حياة المورث على اعتبار أن الوارث يكمل المورث . وأيضا ذكر فى الجزء الثانى ص ٩ متن تنقيح الحامدية ما نصه : سئل فى امرأة طلقها زوجها من مدة تزيد على عشرين سنة ثم مات عن ورثة وتركة فجاءت تدعى أن لها بذمته مؤخر صداقها والورثة ينكرون ذلك لم يمنعها من الدعوى بذلك مانع وهم فى بلده فهل تكون دعوى المرأة بذلك غير مسموعة للنهى السلطانى (الجواب نعم) . وهذا النص صريح فى أن هذه الصورة المعتبرة من قبيل دعوى المال رغم أشتمالها على اثبات وفاة زوجها وأن المدعى عليه من ورثته وذلك لأن المقصود منها أصلا ليس اثبات وفاه زوجها بل المطالبة بصداقها وان كان اثبات وفاة زوجها من مسوغات سماعها .

٤٣/٤٥٦ سوان (١٠/٢/٤٤) م ش ١٦٩/٧/١٦

□■□

(المبدأ ٩٨) : الدفع بعدم سماع دعوى دين الصداق لمضى خمس عشرة سنة .

لا يتوجه الدفع بعدم سماع دعوى دين الصداق لمضى خمس عشرة سنة مادام الدين المذكور ثابتا بوثيقة رسمية لأن المنصوص عليه أن الحكم بالاقرار انما هو اثباته فمتى أثبته القاضى وقال ثبت عندى اصبح حكما

فتـدوين القاضى للاقرار يجعله كالحكم سواء اكان ذلك فى سـجلاته أم فى سجلات مأذونه وهى وثائق النكاح من باب الاقرار الملحق بالحكم والمنصوص عليه أن الحكم لا يسقط بالتقادم .

٤٢/٧٥٦ ديروط (١١/٣/٤٥) م ش ١٦/١٠/٦٢٢

□■□

(المبدأ ٩٩) : دعوى الطلاق للاعسار ليست من مشتملات المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ ولا من الآثار المترتبة على الزوجية بمجرد العقد فلا يحتاج فى سماعها الى المسوغ الذى اشارت اليه المادة المذكورة .

ان هـذه الدعوى (طلاق للاعسار) ليست اثبات زوجيـة ولا اثرا من الآثار المترتبة على العقد كوجوب النفقـة والصـداق والطاعة حتى لا تسمع الا بعد تقديم وثيقة الزواج الرسمية بل هذه الدعوى هى فصم لعرى الزوجية ، فلا يحتاج فى سماعها الى المسوغ الذى أشارت اليه المادة ٩٩ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ وتكون كباقى الدعاوى .

ق ٥٠/٦٢٦ طنطا (١٨/٢/٥٠) ت س م ش ٢٢/٢١٦

□■□

(المبدأ ١٠٠) : دعوى التطليق للضرر ـ مخالفـة فى موضـوعها وسببهـا لدعوى الطاعة الحكم فى دعوى الطـاعة لا يمنع من نظـر دعوى التطليق .

تختلف دعوى الطـاعة فى موضوعها وفى سـببها عن دعوى التطليق للضرر اذ تقوم الأولى على الهجر واخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثـانية على ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فان الحكم الصـادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها لاختلاف المناط فى كل منهما واذا لم يعول الحكم المطعون فيه على الدفع بعـدم جواز نظر دعوى الطلاق لسبق الفصل فيها بالحكم الصادر فى دعوى الطاعة فانه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه وقضـاؤه بالتطليق يعتبر رفضا ضمنيا لهذا الدفع .

نقض ١٩/٣٥ ق (٢٩/٣/٦٧) س ١٨/٦٩٧

□■□

(المبدا ١٠١) : الأصل سماع دعوى النسب ولو كانت مجردة متى كان المدعى عليه بالنسب حيا وليس فيها تحميل النسب على الغير .

الأصل فى دعوى النسب أنها تسمع ولو كانت مجردة وليست ضمن حق آخر متى كان المدعى عليه بالنسب حيا وليس فيها تحميل النسب على الغير واذ كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليها وهى أم الصغير قد طلبت فى دعواها اثبات نسب الصغير لأبيه المدعى عليه وقضى الحكم برفض الدفع بعدم قبولها المؤسس على انها دعوى نسب مجردة فانه يكون صحيحا فيما انتهى اليه من رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها ممن لا تملك الخصومة فيها .

نقض ١٦/٣٢ ق (٣٠/٣/٦٦) س ١٧/٧٧٦

□■□

(المبدا ١٠٢) : الأصل فى دعوى النسب ان ينظر الى النسب المتنازع فيه ـ التناقض فى النسب .

المقرر فى قضاء النقض ـ ان الأصل فى دعوى النسب النظر الى النسب المتنازع فيه ، فلو كان مما يصح اقرار المدعى عليه به وثبت باعترافه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة فانها تسمع مجردة او ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقا أو لم يدع ، ويغتفر فيها التناقض لأن مقصودها الأصلى هو النسب ، والنسب يغتفر فيه التناقض للخفاء الحاصل فيه ، أما لو كان مما لا يصح اقرار المدعى به ، ولا يثبت باعترافه ، وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة فلا تسمع الا أن يدعى حقا من ارث أو نفقة ، ويكون هو المقصود الأول منها ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب .

نقض ٤١/٤٠ ق (١٥/١/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدا ١٠٣) لا تندفع دعوى النسب للارث بولادة المدعى لأقل من ستة اشهر من تاريخ الزواج اذا ادعى ولادته من زواج سابق .

لا تندفع دعوى النسب للارث بولادة المدعى لأقل من ستة اشهر من تاريخ الزواج اذا ادعى ولادته من زواج سابق عليه تزيد المدة بينه وبين الولادة على ستة اشهر ولو لم يقدم مؤيدا للزوجية السابقة مادام لم يدع الارث من طريق الزوجية ، كما لا تندفع ايضا بعدم السماع

لعدم تقديم مؤيد دعوى النسب اذ محل ذلك دعوى الاقـرار بالنسب والمدعى به هنا النسب لا الاقرار به .

١٧٣/٣٥ العليا (٣٧/٤/٥) م ش ١٢٢/٧/٨

□■□

(المبدا ١٠٤) : دعوى النسب من حقوق الله فتسـمع الشـهادة بهـا ولو قالت اولا لا شهود لى ، فاولى اذا كان شـهودها بعد مجـالس الاثبات .

حيث ان ثبوت النسب من حق الله ويقبل فيه ما يقبل فى غيره وحتى لو قالت لا شهود لى ثم احضرت شهودا قبل ذلك منهـا فأولى اذا لم تقل ذلك وتقـدمت بالاثبـات فانه يكون مقبولا بالأولى ، وفضـلا عن ذلك أن النسب مما لا يخفى ويقبل فيه ما لا يقبل فى غيره .

١٢٩٧/٣٤ المنيا (٣٦/٥/١٨) ت س م ش ١٥٣/١٠

□■□

(المبدا ١٠٥) : دعوى استقرار أوضاعها نهائيا على أنها من دعاوى النسب متى كانت من اختصاص المحاكم الشرعيـة بنظرها . رفعها وفقـا للأوضاع المقررة فى القانون . قوة الشىء المحـكوم فيه ـ سـموها على اعتبارات النظام العام . الدفع ببطلان صحيفة الدعوى لعدم رفعها وفقا للاجراءات المقررة فى الكتـاب الرابع من قانون المرافعـات لا وجه له محل التزام هذه الاجراءات ـ رفع دعواها باعتبارهـا من قضـايا الأحـوال الشخصية للأجانب .

متى كانت الدعـوى قد رفعت الى دائـرة الأحـوال الشـخصية للمصريين المسلمين باعتبارها من الدعاوى التى تختص المحاكم الشرعيـة بنظرها ووفقا للاجراءات المقررة ، واثناء نظرها أمام محكمة أول درجـة طلب الطـاعن احالتهـا الى دائرة الأحوال الشخصـية للأجانب ورفضت المحكمة الاحالة ، وفى الاستئنـاف قـرر الطاعن أن طلب الاحـالة هو فى حقيقتـه دفع بعدم الاختصاص لأنه اجنبى والدعوى ضده تختص بنظرها دائرة الأحوال الشخصية للأجانب وهى تتميز عن غيرها بانها تنعقـد فى غير علانية وبهيئة غرفة مشورة وتمثيل النيابة فيها يختلف ورفضت المحكمـة الدفع ، وكان الطاعن لم ينع على الحكم المطعون فيه قضاءه فى خصوص الدفع بالاحالة والدفع بعدم الاختصاص ، وبذلك تكون أوضاع الدعوى قد استقرت نهائيا على أنها من دعاوى النسب التى كانت المحاكم الشرعية تختص بنظرها ورفعت وفقا للاجراءات المقررة فى القانون وحاز قضـاء

المحكمة فى هذا الخصوص قوة الشىء المحكوم فيه وهى تسمو على اعتبارات النظام العام فانه لا يكون هناك وجه للدفع ببطلان صحيفة الدعوى لعدم رفعها وفقا للاجراءات المقررة فى المادتين ٨٦٩ ، ٨٧٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات اذ محل التزام هذه الاجراءات ومحل البطلان لعدم التزامها أن تكون الدعوى قد رفضت باعتبارها من قضايا الأحوال الشخصية للأجانب ومن الخلط والتلفيق فى اجراءات التقاضى ان ترفع الدعوى الى دائرة الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ثم تلتزم فيها وفى الاجراءات أحكام الكتاب الرابع من قانون المرافعات .

نقض ٣٥/٢٢ ق (٦٧/٣/١٥) س ٦٥٦/١٨

□■□

(المبدا ١٠٦) دعوى الاقرار بالنسب او الشهادة على الاقرار به ـ سماعها عند الانكار بعد وفاة المورث المنسوب اليه الاقرار ـ شرطه ـ دعوى النسب التى لا تعتمد على الاقرار ثبوتها بالفراش او البينة .

النص فى المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن « لا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الايصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الاقرار بواحد منها ، وكذا الاقرار بالنسب أو الشهادة على الاقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق او المورث فى الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنكية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى أما الحوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الافرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق او المورث الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط التوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر .. وان كان يواجه الحادث الواردة به التى يكون الادعاء فيها بعد وفاة المنسوبة اليه الحادثة ، فيوقف سماع الدعوى بها على مسوغ كتابى يختلف باختلاف الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ وتلك التالية لها ، تقديرا من المشرع بأن من يحلون محل المنسوبة اليه الحادثة بعد وفاته قد لا يحسنون الدفاع عن مصالحهم ، الا انه فى خصوص النسب فان المادة قصرت سماع الدعوى على حالتى الاقرار به من الشخص المتوفى أو الشهادة على الاقرار ، فلا يستطيل الى الدعوى بالنسب التى لا تعتمد على أى من الحالتين ويخضع الحكم فيها للقواعد العامة المقررة فى الشريعة الاسلامية لخروجها عن ذلك القيد فيثبت النسب فيها بالفراش حال تحقق شرطه كما يثبت عند الانكار باقامة البينة .

نقض ٤٤/٣١ ق (٦٦/٤/٧) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٠٧) : دعوى نفقة الصغير ـ رفضها ـ التعرض لموضوع النسب .

فى الدعوى بطلب نفقة للصغير يكون موضوع النسب قائما باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه الى المدعى عليه الا به فيكون قائما فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما ، وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب صغير استنادا الى أن موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٢/١٩ ق (٦٥/١/٢٠) س ٦٨/١٦

□■□

(المبدأ ١٠٨) : دعوى الوفاة والوراثة دعوى اثبات صفة والكلام فى دعوى المال قبل اثبات صفة المدعى سابق لأوانه .

ان دعوى المدعية اشتملت على دعوى الوفاة والوراثة وعلى دعوى المال وهى انصبتهم فى هذا الصداق ـ ودعوى الوفاة والوراثة هى دعوى اثبات صفة والكلام فيها سابق على الكلام فى دعوى المال فلا يتكلم فى المال الا بعد أن يثبت المدعى صفته فى الوراثة ـ ولذا يكفى لتصح دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال فى الدعوى ولو لم يتكلم فيه لا بالاثبات ولا بنفى فتكون دعوى الوفاة والوراثة مسموعة .

٣٨/٨٥٨ أسيوط (٤٠/٣/٢٥) م ش ١٢/٥/٩٨

□■□

(المبدأ ١٠٩) : دعوى الوفاة والوراثة ـ وان تضمنت دعوى مال ـ الا أنه من الجائز الاكتفاء بالحكم بالوفاة والوراثة مجردا عن المال ـ ثم ينظر بعد ذلك فى دعوى المال .

يقضى الفقه بانه يكفى لصحة دعوى الوفاة والوراثة الحكم بذلك مجردا عن دعوى المال وبعد الحكم بالوفاة والوراثة ينظر فى دعوى المال كما نص على ذلك فى الجزء السادس من الفتاوى المهدية نمرة ٤٤٥ .

٤٠/١١٥ ك مصر (٤٢/٢/٣) م ش ١٢/٦/٣٥

□■□

(المبدأ ١١٠) : دعوى الوفاة والوراثة دعوى اثبات صفة لا مال .

دعوى الوراثة هى دعوى اثبات صفة لا مال واشتمالها على المال من مسوغات سماعها .

٤٣/٤٥٦ اسيوط (٤٤/٢/١٠) م ش ٦٩/٧/١٦

□■□

(المبدأ ١١١) : دعوى الوفاة والوراثة دعوى ما لا يعتبر فيها مجرد البلوغ الشرعى بل لا بد من اهلية الخصومة فيها ببلوغ سن الرشد .

ان دعوى الوفاة والوراثة دعوى مال لا يعتبر مجرد البلوغ الشرعى فيها مسوغا لأهلية الخصومة ، ولا تتحقق الخصومة فيها الا ببلوغ سن الرشد .

٣٥/٣٥١ كفر صقر (٣٦/١/٢٦) ت س م ش ٢٢٧/٥/٨

□■□

(المبدأ ١١٢) : يكفى فى سماع دعوى الوراثة اشتمالها على دعوى المال وان كان ثم نزاع فى ملكه لأن البحث فى ذلك ليس محله دعوى الوراثة.

ومن حيث أن الدفع بخلو الدعوى من المال غير صحيح لأن الدعوى مشتملة على الادعاء بالمال والنزاع فيمن يملك هذا المال لا محل له الآن .

٣٧/٧٤ العليا الشرعية (٣٩/١/٢٣) م ش ٣٤٥/١٠

□■□

(المبدأ ١١٣) : مجرد ذكر المال فى دعوى الوفاة والوراثة كاف فى سماعها .

يكفى لتصح دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال فى الدعوى ولو لم يتكلم فيه لا باثبات ولا بنفى .

٣٨/٨٥٨ اسيوط (٤٠/٣/٢٥) م ش ٩٨/٥/١٢

□■□

(المبدأ ١١٤) : دعوى الارث لم يشترط القانون فيها اجراء تحريات مسبقة من الجهات الادارية قبل الحكم فيها . التحريات المشار اليها فى المادة ٣٥٧ من اللائحة ـ قبل الغائه بالقانون ٦٤/٦٨ . اقتصار تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة والوراثة .

دعوى الارث لا يشترط القانون فيها اجراء تحريات مسبقة من

الجهات الادارية وكانت التحريات المشـار اليها فى المادة ٣٥٧ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون ١٩٣١/٧٨ معدلة بالقـانون ١٩٥٠/٧٢ قبل الغـائها بالقانون ٦٤/٦٨ يقتصر نطـاق تطبيقها على طلبـات تحقيق الوفاة واثبات الوراثة التى تختص بها المحاكم الجزئية وتصدر فيها بصفتها الولائية اشهادات متعلقة بحالة الانسان المدنية تكون حجـة فى خصوصها ما لم يصـدر حكم على خلافها عملا بالمادة ٣٦١ من ذات اللائحـة ، وقد أصبح اجراء هذه التحريات فى هذا المجال متروكا لمحض تقدير المحكمة وفقا للتعديل الذى اجرى على المادة ٣٥٩ من اللائحة بمقتضى القانون ١٩٦٤/٦٨ آنف الذكر .

نقض ٤٣/١١ ق (٧٦/٣/١١) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٥) : ذكر المال فى دعوى الوفاة والوراثة شرط لصحتها ـ لا يشترط تحديد واضع اليد على هذا المال .

دعوى الوفاة والوراثة وان كان ذكر المال شرطا لصحتها الا انه يحق لمدعيها أثبات الوراثة أولا ثم اثبات المال ، ولا مجال لاشتراط تحديد واضع اليد على هذا المال .

نقض ٤٣/١٥ ق (٧٦/١/١٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٦) : ذكر المال فى دعوى الوراثة شرط لصحتها ـ الادعاء بعدم وجود تركة للمتوفى .

دعوى الوراثة وان كان ذكر المال شرطا لصحتها الا انه يحق لمدعيهـا اثبات الوراثة أولا ، ثم اثبات المال .

الادعاء بعدم وجود تركة للمتوفى لا يصلح دفعا لدعوى الوفاةوالوراثة، لما كان الثـابت فى الدعوى (دعوى ارث) ان المطعون عليها قامت دعواها بطلب اثبات وفاة مورثها ووارثتها ، وبينت الأعيـان التى خلفها المتوفى ، فان ما تقرره الطاعنة من ان المورث تصرف فى تركته قبل وفاته لا يمنع من قبول الدعوى الراهنة .

نقض ٤٠/١٥ ق (٧٦/١/٧) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٧) : ذكر المال المتروك عن المورث شرط لصحة دعوى الوراثة .

دعوى الوراثة ــ ذكر المال المتروك عن المورث شرط لصحتها .الادعاء بعدم وجود تركة للمتوفى لا يصلح دفعا لدعوى الوفاة والوراثة .

نقض ١٥/٥٤٠ (٧/١/٧٦) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٨) : دعوى الارث بسبب البنوة متميزة عن دعوى اثبات الزوجية او اثبات اى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها.

دعوى الارث بسبب البنوة متميزة عن دعوى اثبات الزوجية او اثبات اى حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها . اثبات البنوة الذى هو سبب الارث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية او الاقرار بها اذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته او كان وسيلة لدعوى المال . وتكون هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة .

نقض ٢١/٤٤ ق (٧/٤/٧٦) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٩) : الأصل ان يجرى تحقيق دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين وفق لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ــ جواز طلب ابطال اعلامات الوفاة والوراثة التى ضبطتها المجالس الملية ــ قبل الغائها ــ بدعوى مبداة.

انه وان كانت دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين من المصريين تجرى وفق أحكام الشريعة الاسلامية ، والأصل ان يتبع فى تحقيقها ما تنص عليه لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، الا انه لما كان من المقرر فى قضاء النقض ان اعلامات الوفاة والوراثة التى تعارفت المجالس الملية لمختلف الطوائف ــ قبل الغائها ــ على ضبطها ، انها لا تخلو من حجية سواء اعتبرت أوراقا رسمية او عرفية فانه لا تثريب على المطعون عليه اذا هو لجأ الى اقامة دعوى مبتداة بطلب ابطالها أو الحد من حجيتها دون اتباع الاجراءات الواردة فى اللائحة الشرعية والتى تقوم هى الأخرى فى جوهرها على تحقيقات ادارية قابلة للالغاء من السلطة القضائية المختصة .

نقض ٩/٤٤ ق (٢٤/١٢/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدا ١٢٠) : ترفض دعوى الوفاة والوراثة اذا ثبتت بنوة المدعى لأب غير الذى يدعى وفاته وبنوته له .

اذا ثبتت بنوة المدعى لأب غير الذى يدعى وفاته وبنوته له ـ بأوراق رسمية كان هذا كافيا لرفض دعوى الوفاة والوراثة .

١٩٩١/٤٠ العليا الشرعية (٤١/١٢/١٦) م ش١٣/٢/١٦

□■□

(المبدا ١٢١) : الاقتصار فى دعوى الوفاة والوراثة على طلب جزء من النصيب المستحق لا يؤثر فى وصفها .

الاقتصـاد فى دعوى الوفاة والوراثة على طلب جـزء من النصـيب المستحق لا يؤثر فى وصفها ـ اذ للمدعى ان يقتصر على طلب الحكم بالمقدار المتنازع فيه فقط لأن أساس الحكم فى هذا المقدار هو ثبوت الوفاةوالوراثة.

٤١/١٢ ك مصر (٤٢/٩/١٥) ت س م ش ٥١/٣/١٤

□■□

(المبدا ١٢٢) : النزاع حول نصيب المدعى عليـه فى دعوى الوفاة والوراثة .

قول المدعى فى دعوى الوفاة والوراثة المشتملة على جميع العنـاسر التى تتكون منها مواد الوفاة والوراثة ان المدعى عليه يرى انه يستحق اقل من النصيب الذى يدعيه وينازعه فى الفرق بين النصيبين بدعوى استحقاقه اياه ، وكذلك اعتراف المدعى عليه بوقائع الدعوى عدا مقدار نصيب المدعى لا يحول الدعوى من كونهـا دعوى وراثة الى نزاع مدنى ، لأنه مع هـذا الاعتراف لا يزال النزاع حول الارث وهو ليس نزاعا مدنيا بلّ هو نزاع فى مسـألة من صميم الأحوال الشخصية فيكون الفصل فيـه من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا للمادتين ٨ ، ٢٥ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٤١/٢٧١ العليا الشرعية (٤٣/٤/١٢) م ش ٩٥/١٤

□■□

(المبدا ١٢٣) : اراد الفقهاء بالمدعى عليه فىَ دعوىَ الوراثة الشخص الظاهر المحتمل فى الخصومة .

كون المتوفى هو المحكوم عليه حقيقة فىَ دعوى الوراثة ليس معناه انه هو الخصم الذى اراده الفقهـاء بقولهم أن الدعوى انما ترفع امام المحكمة

التى يقيم بدائرتها المدعى عليه لأنهم ارادوا بالمدعى عليه الشخص المحتمل في الخصومة .

٤١/٢٧٠ العليا الشرعية (٤٣/٤/١٢)   م ش ٩٥/١٤

□■□

(المبدأ ١٢٤) : الدفع بعدم سماع دعوى الوفاة والوراثة للتقادم ومضى المدة الطويلة قبل السير فى دعوى المال وثبوت ملكية المورث بالارث سابق لأوانه فلا يمنع من سماع الدعوى .

ان دعوى الوفاة والوراثة لا تسمع الا ضمن دعوى حق يتوقف ثبوته والحكم به على ثبوت الوراثة فهى فى الواقع دعوى حق بسبب الارث ــ وعلى ذلك فان دفع هذه الدعوى بعدم السماع للتقادم بمضى المدة الطويلة انما يتوجه على الحق المدعى به نفسه لا على سببه لأن سببه ليس مقصوداً لذاته ــ ومن حيث انه لا يسار فى دعوى هذا الحق الا بعد اثبات سببه وهو صفة الارث فالى أن تثبت هذه الصفة يكون الدفع بعدم سماع الدعوى للتقادم سابقا لأوانه لأنه لا يتجه الا عند السير فى دعوى المال وتثبيت الملكية فى المورث بسبب الارث .

٥٠/٢٧ العليا الشرعية (٥١/٥/٢٦)   م ش ٥٤/٢٣

□■□

(المبدأ ١٢٥) : دعوى الارث بسبب البنوة دعوى متميزة عن دعوى اثبات الزوجية او اثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها .

اذا كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى ارث بسبب البنوة ــ وهى بذلك متميزة عن دعوى اثبات الزوجية او اثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سببا مباشرا لها ــ فان اثبات البنوة الذى هو سبب الارث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ لائحة من قيد سماع دعوى الزوجية او الاقرار بها حيث نهى فى الفقرة الرابعة من تلك المادة عن سماع تلك الدعاوى الا اذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ اذ لا تأثير لهذا المنع من السماع ــ على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته او كان وسيلة لدعوى المال ــ فان هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة. ولما كان اثبات البنوة وهى سبب الارث فى النزاع الراهن ــ بالبينة ــ جائزا

قانونا فلم يكن على الحكم المطعون فيــه ان يعرض لغير ما هو مقصــود أو مطلوب بالدعوى ومن ثم يكون النعى عليــه بالخطأ فى القــانون وقصــور التسبيب لاجازته الاثبات بالبينــة واغفــاله ذكر السبب الذى يرد اليــه النسب فى غير محله .

نقض ٢٨/٢ ق (٥/٥/٦٠) س ٣٨٣/١١

□■□

(المبدأ ١٢٦) : دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين ــ الاختصــاص بها حتى صدور القانون ١٩٥٥/٤٦٢ للقاضى الشرعى ــ القــانون الواجب التطبيق .

دعاوى الارث بالنسبة لغير المسلمين من المصريين كانت ــ والى ما قبل القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ ــ من اختصاص القاضى الشرعى يجرى فيها وفقا لأحكام الشريعــة الاســلامية وقوانين الميراث والوصــية ــ على أن يكون التوريث طبقــا لشريعة الموصى ، وما يجرى على دعوى الارث يجــرى على دعوى النسب باعتباره سببا للتوريث ولا فرق ، والنص فى المادة السادسة من القــانون ١٩٥٥/٤٦٢ على أن « تصــدر الأحكام فى المنازعات المتعلقــة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعيــة طبقا لما هو مقرر فى المــادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعيــة ، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقــة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام ــ فى نطاق النظام العام ــ طبقــا لشريعتهم ، لم يغير من هذه القواعد .

نقض ٣٣/٤٤ ق (٨/٢/٦٧) س ٥٩٠/١٨

□■□

(المبدأ ١٢٧) : اذا ترك المورث المطالبة بحقه ثم مات قبل مضى المدة المانعة من سماع الدعوى فان دعوى الوارث بالنسبة لهذا الحق تسمع الى ثلاث وثلاثون ســنة من تاريخ الوفاة . اما قول الفقــهاء ان دعوى الوارث لا تسمع فيما لا تسمع فيــه دعوى المورث اذا سقط حقه فى حال حيــاته فى الدعوى لأى سبب من الأسباب ثم مات فى هــذه الدعوى لا تسمع من الوارث .

ما ذكره وكيل المدعى عليها من ان دعوى الوارث لا تسمع فيما لاتسمع فيه دعوى المورث ــ وان المتوفاة لو كانت موجودة الان ورفعت هذه الدعوى لما سمعت منها فكذلك لاتسمع دعوى وارثها ــ فنقول رد عليه ــذكر صاحب

تكملة ابن عابدين جـ ١ ص ١٥ ما نصه : (حكى الاجماع على أن دعوى الوارث لا تسمع فى شىء لاستمع فيه دعوى مورثه ان لو كان حيا كما اذا اقر مورثه يقبض ما يخصه من التركة وابرا ابراءا عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده ، واذا عرف هذا فى الابراء ،فكذا فى غيره من بقية الموانع كما اذا ترك الدعوى فى حق لا من جهة الارث حتى مضى خمس عشرة سنة . وقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمس عشرة سنة الا فى الارث يحمل على ما اذا لم تمض خمس عشرة سنة قبل موت مورثه أ. هـ) وبالتأمل فى هذا النص يتبين منه ان المورث اذا سقط حقه فى حال حياته فى الدعوى لأى سبب من الأسباب كما اذا اقر بقبض ما يخصه من التركة وابرأ ابراءا عاما أو ترك الادعاء بحق لا من جهة الارث خمس عشرة سنة او راى رجلا يتصرف زمانا فى ارض ولم يدع ثم مات فان دعوى وارثه لا تسمع — فكان دعوى الوارث لا تسمع اذا كانت دعوى المورث لا تسمع لأى سبب من الأسباب — وان هذا السبب قد تحقق قبل وفاة المورث — ألا ترى ان قول صاحب التكملة (كما لو ترك الدعوى فى حق لا من جهة الارث حتى مضى خمس عشرة سنة) . ثم قوله بعد ذلك (وقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمس عشرة سنة الا فى الارث يحمل على ما اذا لم تمض الخمس عشرة سنة قبل موت مورثه) ويؤخذ من ذلك انه اذا ترك الدعوى اقل من خمس عشرة سنة ثم مات فان دعوى الوارث تسمع بعد ذلك الى ثلاث وثلاثين سنة ضرورة أن هذا الحق قد تلقاه المورث بطريق الارث ولم يكن هناك مانع يمنع من سماع دعوى المورث وقت وفاته حتى يترتب على ذلك عدم سماع دعوى المورث ايضا — نعم — قال صاحب التكملة جـ ١ ص ٤٥٦ نقلا عن المجلة العدلية ما نصه (وانه اذا ترك شخص الدعوى عشر سنين مثلا بلا عذر شرعى ومات وترك دعواه وارثه ايضا البالغ عشر سنين او خمس سنين فلا تسمع دعوى الوارث حينئذ لأن مجموع المدتين مدة المنع) ، وهذا النص صريح فى أن مثل هذه الدعوى لاستمع لأنه بناء على ما يفهم من ظاهر هذا النص لاستمع دعوى بأى حق موروث بعد خمس عشرة سنة ضرورة أن المورث كان حيا وترك دعواه تلك المدة فان الدعوى لا تسمع منه — واذن فلا يتصور استثناء الارث من الوقف فى أن الدعوى بهما الى ثلاث وثلاثون سنة — ولا يقال أن المقصود من دعوى الارث هى دعوى الوفاة والوراثة التى يكون القصد منها اثبات الصفة انما هو لأجل الحصول على المال — ولذلك لا تسمع دعوى الوفاة والوراثة شرعا اذا تجردت عن المال ، فاذا كانت دعوى المال لا تسمع بعد مضى خمس عشرة سنة فلا تسمع دعوى اثبات الصفة ايضا مع أنه لا نزاع فى سماع دعوى الوفاة والوراثة الى ثلاث وثلاثين سنة .

٤١/٧٥٣٨ بنها (٤٢/١٢/٥٦) ت س م ش ١٤/٧٤

□■□

(المبدأ ١٢٨) : دعوى الدين على الميت تسمع على احـد الورثة او الوصي ولو لم يكن في يده شيء من التركة غير ان المدعى عليه اذا كان وصي الميت لا يحلف وان كان احد الورثة يحلف على نفي العلم بهذا الدين ما دامت التركة غير مسـتغرقة بالدين فان كانت مسـتغرقة بالدين لا يحلف لأن التحليف لأجل النكول وهو لو اقر صراحة لا يعتبر اقراره في حق الغرماء فكذلك نكوله الذي هو اقرار اعتبارا .

المنصوص عليه أن دعوى الدين على الميت تسمع على الوارث والوصي ولو لم يكن في يدهما شيء من التركة ، ففي ص ٨٦ من الجزء الثـاني من الفتاوى الأنقروية ما نصه : « اثبـات الدين على الميت بحضرة الوارث او الوصي يجوز وان لم يكن في يدهما شيء من التركة لما في الاثبات من الفائدة وهي التمكن من اخذ مال الميت عند الظهور » ــ فكل منما صالح لأن يخاصم في اثبات الدين على الميت ومتى ثبت الدين في مواجهتـه ثبت حق جميع الورثة لأن كلا منهما نائب عن الميت غير أن المدعى عليه اذا كان وصي الميت لا يحلف وان كان احـد الورثة يحلف على نفي العلم بهـذا الدين ما دامت التركة غير مسـتغرقة بالدين فان كانت مسـتغرقة بالدين لا يحلف لأن التحليف لأجل النكول وهو لو اقر صراحة لا يعتبر اقراره في حق الغرماء، فكذلك نكوله الذي هو اقرار اعتبارا ــ ومن هذا وجب أن يذكر في الدعوى ان التركة لم تكن مستغرقة بالدين لمعرفة ما إذا كان المدعى عليـه الوارث يصح تحليفه او لا وورد ص ٨٣ من الجزء المذكور ما نصه : « مات وعليـه ديون لا تفي التركة بها وادعت امرأته مهرها فالقول قولها الى مقـدار مهر مثلها من غير بينـة فتحاص الغرماء به كما اذا وقع الاختلاف بينهـا وبين الورثة ولم يلتفت الى ما يتحامل من الفرق من مداينات القنية أ. هـ.

٤/٣٠٣٦ السيدة (٤٢/١/٢٩) م ش ٢٣٥/١٤

□■□

(المبدأ ١٢٩) : لا تسمع دعوى الوراثة مع تناقض مدعيها .

من حيث أن وكيل المدعى عليها دفع الدعوى بعدم سماعها للتناقض، ومن حيث أن التناقض مانع من سماع الدعوى لأنه تناقض في دعوى الملك ولا يعتبر تنـاقضا في دعوى النسب كمـا هو مبين من باب التنـاقض في الأنقروية ومن فروعه ان مثل ذلك تناقض في دعوى الملك ما جاء بها من ان من ادعى على آخر انه ابن عم الميت وطلب الميراث ثم ادعى بعـد ذلك انه اخوه لا تسمع وكذا ادعى بعـد ذلك انه أخوه لا تسمع وكذا ادعى الارث بالعمومة ثم بالأبوة لا تصح .

٣٠/٧٩ ك مصر (٣١/٦/٣) م ش ٨٠٧/٣

□■□

(المبدا ١٣٠) : الوارث خليفة المورث ونائب عنه فدعواه الحق المتلقى عن مورثه لا تسمع فيما لا تسمع فيه دعوى مورثه .

لا خلاف فى أن الوارث خليفة المورث ونائب عنه ، فدعوى الوراثة لاتسمع منه فيما لاتسمع فيهدعوى مورثه وتسمع فيما تسمعفيه دعواه . والنصوص الشرعية تؤيد ذلك، فقد ذكر صاحب تكملة ابنعابدين فى الجزء الأول ص ١١٥ حكى الاجماع على ان دعوى الوارث لا تسمع فى شىء لاتسمع فيه دعوى مورثه ان لو كان حيا كما اذا اقر مورث بقبض ما يخصه من التركة وابرأ ابراءا عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده واذا عرف هذا فى الابراء فكذلك مضى خمس عشرة سنة وقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمس عشرة سنة الا فى الارث يحصل عما اذا لم تمض الخمس عشرة سنة قبل موت مورثه ومن هذا يتبين ان المورث اذا سقط حقه حال حياته فى الدعوى لأى سبب من هذه الاسباب كما اذا اقر بقبض ما يخصه من التركة وابرأ ابراءا عاما أو ترك الادعاء بحق لا من جهة الارث خمس عشرة سنة ثم مات فان دعوى وارثه لاتسمع .

٤٣/٤٥٦ أسوان (٤٤/٢/١٠) م ش ١٧١/٦/١٦

□■□

(المبدا ١٣١) : ما يمنع دعوى المورث يمنع دعوى الوارث .

المنصوص عليه شرعا ان ما يمنع دعوى المورث يمنع دعوى الوارث ، ودعوى حرية الأصل هنا ليست من حقوق الله تعالى حتى يغتفر التناقض لأنها فى مقابلة العتق لا فى مقابلة الرق ولأنها تمخضت دعوى مال باتخاذها سببا لدعوى الارث بقرابة الرحم .

٢٨/٢١٤ ك مصر (٣٠/٩/٩) ت س م س ٤٠٦/١

□■□

(المبدا ١٣٢) : توجه دعوى الدين على الوارث من الزوجة او وارثها ومن المطلقة او وارثها ومن الأجنبية على السواء ويكون الدائن مطلقا اسوة الغرباء .

ان دعوى الدين على الميت تتوجه على الوارث ولو لم يكن بيده شىء من التركة بل ولو لم يكن الميت مدينا اصلا لأن ذلك يفيد الميت فى ماله اذا ظهر فينتصب خصما عن الميت فيما له وعليه من الدين وفى الوقت نفسه الحكم عليه يكون حكما على باقى الورثة والتركة هنا فى يده فيكون خصما فيما يدعى على الميت فيها من الديون .

٤٠/٤٩٢ اسيوط (٤١/٤/١٣) م ش س ٧٢/٦/١٣

□■□

(المبدا ١٣٣) : الذى ينصب خصما عن الميت فى ادعاء دين عليه هو وارثه او وصيه .

الذى ينتصب خصما عن الميت فى ادعاء دين عليـه انما هو وارثه او وصـيه فان لم يكن فموصى له من قبل الميت باكثر من الثلث فان لم يكن فوكيل بيت المال الموكل فى الخصـومة فان لم يكن فمن ينصـبه القـاضى وصيا يخاصم من يدعى الدين على الميت .

١٩٨٣/٤٨ الزقازيق (٤٩/٩/٢٨) م ش ٢٧٢/٢٣

□■□

(المبدا ١٣٤) : احد الورثة ينتصب خصما عن الميت .

احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقيهم فيما يدعى للميت وعليه .

٣٩/٤٧٠ كفر الزيات (٤٠/٣/١٩) م ش ١٦٠/٧/١٦

□■□

(المبدا ١٣٥) : مشترى نصيب احـد الورثة فى تركة المتوفى خصم فى دعوى الوفاة والوراثة .

مشترى نصيب احد الورثة فى تركة المتوفى خصم فى دعـوى الوفاة والوراثة ، فلا تندفع دعواه بعدم السماع لتقديمها من غير ذى صفة .

٤٩/١١٣ ك مصر (٥٠/١٢/١٣) م ش ٣٣١/٢٢

□■□

(المبدا ١٣٦) : دعوى المال ضمن دعوى موت المفقود شرط فى صحتها ـ بعد الحكم بوفاة المفقود ووراثته ينظر فى دعوى المال .

من حيث ان هذه الدعوى قد اشتملت على دعـوى مال وهذا كاف لصحتهـا ومســوغ لسماعها شرعا . ومن حيث انه بعـد الحـكم بالوفاة والوراثة ينظر فى دعوى المال عملا بالنصوص الفقهية فى كتب المذهب .

٤٨/١١ محافظة الصحراء الجنوبية (٣٩/٥/١٨) م ش ٨٣٧/١٠

□■□

(المبدأ ١٣٧) : معاش ورثة الموظف مال انعقد الاجتماع على مشروعيته فوجوده منفردا فى الدعوى على الميت مسوغ لسماعها .

أن المتوفى لم يترك حقيقة تركة ، ولكنه ترك شيئا آخر من المال اسمه فى العرف المعاش ولا يقال له تركة لأنه ليس راضخا الى تقسيم الله بين الورثة كما هو معروف وانما هو نظام جديد استحدثته الحكومات وصار مادة من مواد التعاقد بين الحكومة والموظف يحصل عليه بعد بلوغ سن معينة الى حين وفاته ثم ينتقل الى الورثة على حسب التقسيم المبين بالقانون دون غيره ـ فهو مال ولكنه ليس تركة وقد تلقت الأمة علماؤها واهل الراى فيها جميعا هذا النظام بالاستحسان والقبول . فهو لم يحل حراما ولم يحرم حلالا فصار امرا مشروعا لا اعتراض عليه من ناحية الشريعة الغراء التى سايرت كل مستحدث مالوف .

٣٨/٤١٨ الجمالية (٤٠/١/١٨) ٦٧/٢/١٣

□■□

(المبدأ ١٣٨) : محل تطبيق المادة ٩٨ من اللائحة التى توجب ان تكون ورقة الوصية مكتوبة بخط المتوفى وتوقيعه او مؤيدة باوراق رسمية فى الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١١ انما يكون عند انكار المدعى عليه للوصية وعدم اقراره بها .

دعوى الوصية بعد وفاة الموصى انما يشترط لسماعها ان تكون مؤيدة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه فى الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١١ طبقا للمادة ٩٨ انما تشترط ذلك عند انكار المدعى عليه للمدعى كما هو صريح المادة المذكورة أما عند الاقرار فانه لا يشترط لسماعها وجود تلك الأوراق .

٢٦/٦٠ ك مصر (٣٧/١١/١٠) م ش ٧١٢/١٠

□■□

(المبدأ ١٣٩) : دعوى منع التعرض لا تتقيد بدعوى وضع اليد بل يكفى طلب منع التعرض فى اى شىء .

وحيث أن دعوى المدعين صحيحة ومسموعة لأنها دعوى منع التعرض وقد قرر الفقهاء انها مسموعة وليس بلازم أن تكون بين شخصين كل منهما يدعى اليد كما ذهب اليه بعض الفقهاء بل الصحيح انه يكفى فى صحتها أن يطلب المدعى الى القاضى منع تعرض غيره له بغير حق فى أى شىء وان القاضى يسمعها ومتى ثبتت يمنع القاضى المتعرض من التعرض

ما دام لا صحة له كما ذهب اليه الطحاوى رحمه الله .

١٣١/٢٨ ك مصر (٣٠/٤/٢٢) ت س م ش ١٥٩/٢

□■□

(المبدأ ١٤٠) : دعوى منع التعرض مسموعة .

دعوى دفع التعرض مسموعة على المفتى به ــ ومثل لها الفقهاء بأن يدعى رجل على آخر بانه يتعرض له فى داره المملوكه له الموضوعة يده عليها بغير حق ويطلب من القاضى ان يأمره بمنع تعرضه له فيها .

٩٧٣/٤٤ نجع حمادى (٤٥/٦/٢٥) م ش ٢٧١/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٤١) : يشترط فى سماع دعوى منع تعرض فى تركه تحديد عين من اعيانها بالدعوى .

يشترط فى سماع دعوى منع التعرض فى تركه تحديد عين من أعيانها بالدعوى وان يقول المدعى انى اضع يدى على هذه العين المحدودة بالدعوى بطريق الارث من فلان وان المدعى عليه يتعرض لى فيها بغير حق فاذا خلت من ذلك لم يصح سماعها .

٧٩٣/٤٤ نجع حمادى (٤٥/٦/٢٥) م ش ٢٧١/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٤٢) : ترفض دعوى منــع التعرض اذا كان اساسهــا ان المدعى عليه يقاضى المدعى امام محكمة اخرى .

ترفض دعوى منع التعرض التى أساســها ان المدعى عليــه يقاضى المدعى أمام محكمة اخرى .

١٠/٣٤ العليا (٣٥/٤/٨) م ش ٥٣٦/٦

□■□

(المبدأ ١٤٣) : دعوى قطع النزاع غير مسموعة بالاتفاق .

دعوى قطع النزاع غير مســموعة بالاتفاق ــ ومثل لها الفقهاء « بان يقول ان فلانا يدعى على حقا فى دارى ويطلب منه ان يحضره حتى اذا كان له حق فيها اثبته والا اشهد على نفسه بالابراء .

٧٩٣/٤٤ نجع حمادى (٤٥/٦/٢٥) م ش ٢٧١/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٤٤) : الدعوى حسبة هي الدعوى التي تكون بحق الله تعالى فقط ، لا يطلب فيها المدعى شيئا لنفسه ، فتسمع من كل مدع ولو كان من تعلق حقه بذلك ينكرها ـ الدعوى التي تشمل على حق الله تعالى وحق العبد لا تكون مما يدعى حسبه فليس من حق كل شخص ان يدعيها .

ان دعوى الحسبة هي الدعوى التي تكون بحق الله تعالى فقط لا يطلب فيها المدعى حقا لنفسه وذلك كدعوى شخص على مولى انه أعتق امته او على رجل انه طلق امراته ولو كذبه في ذلك صاحب الحق وهي الأمة أو الزوجة . فأما ما يكون مشتملا على حق المدعى فقط كدعوى وارث ارثه او حق لله وحق العبد كطلب المطلق اعتداد المطلقة في مسكن الزوجية فلا تسمى دعوى حسبة ـ ومن هذا النوع الأخير دعوى المدعى لأنه يريد اثبات حقه بدعواه هذه وهو رجل أجنبي عمن يرى أنها زوجته للان .

٣٣/٢٥٤ ك س الزقازيق (٣٢/٢/١٨) م ش ٧٦٦/٩

□■□

(المبدأ ١٤٥) : مدعى الحسبة يكون شاهدا فيما يدعيه .

مدعى الحسبة يكون شاهدا بما يدعيه فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب وشاهدا من جهة تحمل ذلك ـ ولكن غلب عليه اطلاق شاهد الحسبة دون اطلاق مدعى الحسبة وهو في الحقيقة مدع وشاهد في آن واحد فلابد أن يدعى بما يشهد به وان لم يوجد مدع غيره فيكون مدعيا كما يكون شاهدا و لاتتم دعواه بدون الشهادة .

٤١/٣٦٨ ك س مصر (٤٢/٧/٢٦) م ش ٢٢٩/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٤٦) : شاهد الحسبة اذا عجز عن اقامة البينة لا يحلف له المدعى عليه .

يقضى الفقه بأن شاهد الحسبة اذا عجز عن اقامة البينة لا يحلف له المدعى عليه لأن الشهادة دليل ، والفقه يقضى بأن الدليل لا يحلف عليه بخلاف غيره من سائر المدعين فان دعواه تتم بالشهادة او بالاقرار او بالنكول .

٤١/٣٩٨ هـ س (٤٢/٧/٢١) م ش ٢٢٨/٩/١٠

□■□

(المبدأ ١٤٧) : الحسبة خاصة بالدعاوى القضائية وبالخصومات فى حقوق الله تعالى .

الحسبة خاصة بالدعاوى القضائية وبالخصومات فى حقوق الله تعالى التى يطلب من القاضى الفصل فيها بحكم قضائى فى دعوى وخصومة شرعية يكون المحتسب فيها مدعيا وشاهدا بما يدعيه .

١١٦/٤٨ العليا (٢٩/٥/٤٨) م ش ٢٠/٥٨

□■□

(المبدأ ١٤٨) : الدعوى الكيدية غير مسموعة شرعا ـ المدار فى معرفة قصد الكيد بالدعوى هو تقدير القاضى .

الدعاوى الكيدية المقصود منها نزع الصغيرين من يد امهما أو بقائهما فى يدها من غير نفقة وهذا القصد ظاهر جلى فيها اذ المدار فى ذلك على قيام قرائن الاحتيال وذلك موكول الى فطنة القاضى والقرينة على هذا الاحتيال والكيد من المدعية بقصد التخلص من هذا المفروض بتقديم هذه الدعوى لقلم كتاب هذه المحكمة بعد الفصل النهائى فى المفروض المذكور بمدة يسيرة هى سبعة عشر يوما .. وبعد ان ثبتت قدرة المدعى الأول على اداء المفروض من طريق شرعى ولم يتبين خلافه وتوكيل المدعيين وكيلا واحدا عنهما فى هذه الدعوى بقصد التوصل للخلاص من هذا المفروض تواطؤا واحتيالا فلم يكن للمدعيين غرض صحيح من هذه الدعوى ، اذ لو كان لهما غرض مشروع وهو قصد التبرع حقيقة لأمكن تحقيق هذا الغرض من غير نزع الصغيرين من يد أمهما بأن تدفع هذه المتبرعة المفروض على ابيهما الى والدتهما من مالها مع بقائهما فى يد الأم ولا تضار الأم بنزع الصغيرين منها ولا يضار الصغيران بحرمانها فى يد الأم التى هى أشفق الناس عليهما واكثرهم حنانا وصبرا على خدمتما بما لا يتأتى من غيرها فتسهر لسهرهما وتجزع لمرضهما وتسر بصحبتهما ولا تلازم بين نزع الصغيرين من الأم وبين التبرع بالانفاق عليهما فلا يسوغ للقضاء حينئذ مجاراة هذه المتبرعة وان يكون عونا لها على اشقاء هذين الصغيرين وايلامهما وتعرضهما للأخطار . لذلك نص فى الجزء الأول من الفتاوى المهدية فى باب الحضانة ص ٣٢١ على وجوب تفطن القضاة لمثل هذه الدعاوى ولا يسايروا المتبرعات فان اكثرهن لايردن من مثل هذه الدعاوى الا الكيد والاحتيال فقد يفعل ذلك تواطؤا وتحايلا لاسقاط ما قرر على الأب .

وحيث ان الدعوى مخالفة للنص الشرعى القاضى بأن مثل هذا التبرع لا يسقط حق الأم فى حضانة الرضيع ولا يبيح نزعه منها لما سبق فانها كيدية لظهور التواطؤ والاحتيال واضحا جليا .

٧٠١/٢٧ العياط (١٧/١٢/٢٨) م ش ٣/٣٥٨

□■□

(المبدأ ١٤٩) : لا تسمع دعوى الكذب فى الاقرار متى اتصل به القضاء .

وحيث ان المستأنف دفع بانه انما اقر كاذبا لضرورة الدفاع وان لديه مؤيدا لسماع دعوى الكذب هو التنازل الذى اشار اليه ومستنده القانون فى ذلك هو الترخيص الوارد بالمادة (١٢٧ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ - هذه المادة الغيت بالقانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥) ونصها : « اذا ادعى المقر انه كاذب فى اقراره لا يقبل منه ويعامل باقراره الا اذا قدم دليلا كتابيا لا شبهة فيه » ، وينبغى الرجوع الى ماخذ هذه المادة لتعرف مدى ترخيصها فى سماع دعوى الكذب فى الاقرار والحكمة فى هذا الترخيص للاستعانة بذلك فى تطبيقا على موضوع النزاع . ومن حيث أن ماخذ هذه المادة كما ظهر من عدم التعرض لها فى المذكرة الايضاحية للقانون هو مذهب الامام ابى حنيفة النعمان لأنه الأصل وقد نص فيه على ان هذه الدعوى قد اختلف فيها مذهب الامامان ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله الى عدم سماعها مطلقا فلا تقام البينة ولا يحلف المقر له على نفيها وذهب الامام ابو يوسف رحمه الله الى سماعها فى حق اليمين فيحلف المقر له على نفيها استحسانا ، والحكمة فى ذلك كما جاء بتكملة رد المحتار قبيل باب الاستثناء من كتاب الاقرار أن العادة جرت بين الناس بانهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف ، وفى البحر من شتى الفرائض وفى التكملة من الموضع المشار اليه أن الفتوى على قول ابى يوسف لكن فى الفتح من شتى القضاء ، نقل عن الصدر الشهيد أن الراى فى التحليف الى القاضى وفسره بانه يجتهد فى خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد يحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه ، وفى الخانية بباب اليمين من كتاب الدعوى روى الخلاف . ثم قال فاذا كان فى المسالة خلاف ابى يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى يفوض ذلك الى رأى القاضى والمفتى وفى الخيرية من باب أوائل كتاب الاقرار ... الخ اجاب لا تسمع دعوى النسيان كما هو ظاهر الرواية) وعلى الرواية التى اختارها المتاخرون أن دعوى الهزل فى الاقرار تصح بحلف المقر له على أن المقر ما كان كاذبا فى اقراره اذا لم يعد محكوما عليه بالاقرار وان صار محكوما عليه بالاقرار لا يحلف كما هو صريح كلام البزازى وغيره ويتحرر من هذا ان الامامين ابا حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يريان أن المقر اذا ادعى الكذب فى اقراره وطلب يمين خصمه لا يلتفت الى قوله ويعامل حتما باقراره - وان ابا يوسف رحمه الله رخص بسماع دعوى الكذب فى حق اليمين فيحلف المقر له على ان المقر ما كان كاذبا للعادة وان علماء المذهب بعضهم رأى أن الفتوى على قول ابى يوسف وبعضهم فوض الراى للقاضى واقره فى الفتح بتفسيره

وايده فى الخانية مع تقديمه لراى الامامين وابن الهمام من أهل الترجيح وقاضيخان ، كما فى شرح رسم المفتى من أحق من يعتمد على تصحيحه . وعلى هذا فالترجيح بين القولين براى القاضى والاجتهاد فى خصوص الوقائع وان محل هذا ما لم يتصل القضاء بالاقرار فان اتصل به فلا تسمع بعده دعوى الكذب فى الاقرار ولا يحلف المقر له كما فى الخيرية ويؤيده رجوع الشهود عن الشهادة بعد الحكم لا يصح ولا تبطل به الشهادة لاتصال القضاء بها والاقرار أقوى الحجج فاذا اتصل القضاء به لم يصح الرجوع عنه بطريق الأولى ــ ومن هذا يتضح ان المادة (١٢٧) من اللائحة جاءت مع مذهب الامامين ما عدا الترخيص الوارد بآخرها فانه يوافق فى جملته مذهب الامام ابى يوسف ــ واذا علمنا مأخذ هذه المادة وجب أن نراعيه فى تطبيقها وأن نحمل الاطلاق الوارد فى الترخيص بسماع دعوى الكذب على ما يتفق به فلا يلتفت اليها كما فى الخيرية ».

٣٢/١٧٤٩ ك مصر (٣٣/٧/١٠) م ش ٦٤٥/٥

□■□

(المبدأ ١٥٠) : لا تسمع دعوى الكذب فى الاقرار الا بمسوغ كتابى خال من شبهة التزوير .

المنصوص عليه اختلاف ائمتنا فى سماع دعوى الكذب فى الاقرار فمذهب ابى حنيفة ومحمد انها لا تسمع مطلقا فلا تقام عليها البينة ولا يحلف المقر له على نفيها . ومذهب ابى يوسف سماعها فى حق اليمين فيحلف له المقر له على نفيها استحسانا ، والحكمة فى ذلك كما فى تكملة رد المحتار ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف ــ وفى البحر من شتى الفرائض ، وفى التكملة أن الفتوى على قول ابى يوسف ، وفى الفتح فى شتى القضاء عن الصدر الشهيد يفوض الرأى للقاضى فى خصوص المسائل والوقائع فان غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر أو شهد يحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه هذا راى اصحابنا فى منصوص هذه الحادثة .

٣٥/٤٣٩ اجا (٣٦/١٠/٣) م ش ٧٣/١/١١

□■□

(المبدأ ١٥١) : الكيد فى الدعوى .

ان الكيد هو قصد التنكيل بالخصم باستعمال أساليب العناد مع سوء النية بالمضايقة وبنية الايذاء .

٣٥/١٤٩ ك س سوهاج (٣٦/٩/٢) م ش ٨/٦٩٢

□■□

(المبدا ١٥٢) : ظهور كيدية دعوى الطلاق لا يمنع من التكليف باثباتها لتعلقها بحق الله تعالى .

وحيث انه ظاهر من هذه الدعوى الكيد للمدعى عليه وقصد التخلص منه على اى وجه من الوجوه سواء اكان فى هذا الطريق ارضاء للحق والواقع او مخالفة له وآية ذلك واضحة فى مصادقة المدعية للمدعى عليه فى دعوى الطاعة التى كانت مرفوعة منه عليها بهذه المحكمة على قيام الزوجية وصلحها معه على دخولها طاعته فى المنزل الوارد بدعواه ، ولو كان هذا الطلاق قد حدث من المدعى عليه كما تزعم المدعية فى مواجهتها لكان أول ما يتبادر الى ذهنها فى الدفاع عن نفسها فى دعوى الطاعة هو الدفع بانقطاع حبل الزوجية بينهما حتى لا تمكن المدعى عليه من امساكها حراما وهو الأمر الذى تنفر منه وتأباه وترغب اثبات الطلاق للفرار منه ، على أن الأمر الواضح الذى تقصد اليه المدعية هو تعطيل تنفيذ حكم الطاعة ودليل ذلك ظاهر من الرجوع الى التاشيرات التى يظاهر هذا الحكم من تقديمه للتنفيذ به مرات عديدة وعدم استطاعة هذا التنفيذ لهروب المدعية من وجه المنفذ ورغم اقتناع المحكمة بكيدية هذه الدعوى وظهور التناقض فيها فقد افسحت مع هذا للمدعية فى سماعها وتمكينها من تقديم جميع ادلة اثباتها عليها نظرا لأن هذه الدعوى من الدعاوى التى لها خطرها لتعلقها بحل أو تحريم المدعية على المدعى عليه ، وفى هذا حق الله تعالى كما فيه حق العبد .

٣٣/٣٩٢ الأقصر (٢٢/٢/٣٤) م ش ٥/٧٧٧

□■□

(المبدا ١٥٣) : رفع الدعوى وشطبها لا يمنع من نظرها بعد الشطب

رفع الدعوى وشطبها لا يمنع من نظرها بعد الشطب لأن النص الفقهى يقضى بأن الدعوى اذا لم يفصل فيها بالوجه الشرعى فلا مانع من اعادتها والسير فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى كما نص على ذلك فى الجزء الأول من التكملة لابن عابدين ص ٢١ — ولم يوجد ما يقضى بعدم سماع الدعوى التى شطبت لأن ذلك لم يكن فصلا فى الدعوى بل الشطب نوع من ايقاف السير فيها مع قيام الخصومة كما نص على ذلك منشور وزارة الحقانية المؤرخ ١٩٢٣/٥/٩ رقم ١٣ ومادامت الخصومة قائمة فلا مانع من سماعها .

٢٧/٧١٥ العياط (٢٤/١٠/٢٨) م ش ١/٧١٨

□■□

(المبدا ١٥٤) : سبق رفع دعوى النفقة وشطبها غير مانع من سماعها مرة اخرى .

النفقات مما تتجدد ومجرد العجز عن الاثبات مع شطب الدعوى لا يمنع من رفعها مرة اخرى ليستوفى المدعى باقى حقه مما يمكن ان يثبت به الدعوى .

٣١/٨٧ الصف (٣٢/٢/١٥) ت س م ش ٥/٩٠٠

□■□

(المبدا ١٥٥) : الفرق بين قرار شطب الدعوى وقرار اعتبارها كان لم تكن .

الفرق بين الشطب واعتبار القضية كان لم تكن ان الشطب لا يلغى الاجراءات التى سبقته فيصير اعلان الدعوى حافظا لآثاره والاجراءات التى تمت بعد ذلك تكون صحيحة كاقرار صدر من احد الخصوم او شهادة شهود او حلف يمين او نكول عنها والشطب ما هو الا تجديد للدعوى حتى تحرك مرة اخرى فتستانف سيرها من حيث تركه ـ اما اعتبار القضية كان لم تكن فذلك موت للدعوى موتا نهائيا والغاء كل ما تم من اجراءات وابطال لكل ما ترتب من آثار على رفع الدعوى واعلان صحيفتها ولم يبق للمدعى بعد ذلك الا رفع دعوى جديدة اذا لم يمنعه سريان المدة عن ذلك .

٥٠/٩١٥ منوف (٥١/٥/٢٨) م ش ٤٢٦/٢٣

□■□

(المبدا ١٥٦) : اذا لم يفصل فى الدعوى بالوجه الشرعى فلا مانع من اعادتها والسير فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى .

النص الفقهى بأن الدعوى اذا لم يفصل فيها بالوجه الشرعى فلا مانع من اعادتها والسير فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى كما نص على ذلك فى الجزء الأول من التكملة لابن عابدين ص ٢١ ــ ولم يوجد ما يقضى بعدم سماع الدعوى التى شطبت لأن ذلك لم يكن فصلا فى الدعوى بل الشطب نوع من ايقاف السير فيها مع قيام الخصومة ، وما دامت الخصومة قائمة فلا مانع من سماعها والسير فيها .

٤٧/٧١٥ العياط (٢٩/١٠/٢٤) ت س م ش ٧٢٠/١

□■□

(المبدا ١٥٧) : قرا رشطب الدعوى لا يسقط حقـا اكتسبه المدعى باعلانه للخصم .

قرار شطب الدعوى لا يسقط حقا اكتسبه المدعى باعلانه للخصم .

٥٠/٩١٥ ف نوف (٥١/٥/٢٨) م ش ٤٢٦/٢٣

□■□

(المبدا ١٥٨) : الحق الواحد اذا ادعى على احد ثم ادعى بعينـه مرة اخرى ، على غيره لا تقبل الدعوى به ولا تسمع الدعوى منه .

ان المنصوص عليـه شرعا أن الحق الواحد كمـا لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد للتناقض الذى لا يمكن رفعه لتعلقه باثنين فقـد جاء فى البزازية وغيرها ما نصـه : « ادعى على زيد انه دفع له مالا ليدفعه الى غريمه وحلفه ثم ادعاءه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظنا لا يعقل لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخـاصم مع اثنين بوجه واحد » .

٣٣/٥٠٠ بورسعيد (٣٤/٤/٣٠) م ش ٧٨٢/٤

□■□

(المبدا ١٥٩) : لا تسمع الدعوى متى كان المدعى عليه فيها غير بالغ سن الرشد قانونا .

ان المستانف عليـه المذكور لم يبلغ سن الرشد القـانونية فلا يملك الخصومة مع وجود وليه وعدم اجازته .

٣٢/١٠٦ العليا الشرعية (٣٤/١٠/١٦) م ش ٥٧/٦

□■□

(المبـدا ١٦٠) : دعوى الطلاق من احـد الزوجين غير المسلمين على الآخر لا تسمع اذا كانا لا يدينان بوقوع الطلاق .

المنصوص عليه شرعا أن الدفع هو دعوى من قبل الدافع يقصد بها دفع الخصومة عنـه وابطال دعوى المدعى وقد نصت الفقرة السـابعة من المادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ على أن دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر لا تسمع الا اذ اكانا يدينـان بوقوع الطلاق . ومن حيث أنه تبين من مراجعة الخلاصة القانونية من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية ان الطلاق ممنوع فى الشريعة المسيحية وليس للرجل ان

يطلق امرأته باختياره بل لا بد من حكم المجلس العمومي وفى حالة الزنا او اعتناق احد الزوجين ديانة اخرى غير الدين المسيحي (المواد من ٦٧ الى ٨٧ من الخلاصة القانونية ، ١٨ ، ١٩ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية) .

٣٢/١٠٢٠ بنى مزار (٣١/١٠/٣٣) م ش ١٦٩/٦

□■□

(المبدأ ١٦١) : دعوى البنت على والدها بطلب اداء مقدم صداقها اليها بدعوى عدم تجهيزها به من الدعاوى التى يكذبها الظاهر فلا تكون مسموعة شرعاً .

وحيث انه من المعروف عرفا ان الوالد يقوم بتجهيز ابنته بما يعادل مهرها وزيادة فالقول بانه لم يجهزها بذلك المعجل يتنافى وما استفاض عرفا عن الآباء . وبما انه بذلك يكون الظاهر المدلول عليه بالعرف مكذبا لها فى دعواها . وبما أن من شروط الدعوى أن لا يكذبها الظاهر فتكون دعواها غير مسموعة .

٣٤/١٠٦٥ الجيزة (٥/٦/٣٥) م ش ٨٥١/٧

□■□

(المبدأ ١٦٢) : سبق رفع الأم دعوى بنسب ولد لمن تدعى أبوته له وتنازلها عنها بعد التقرير بعجزها عن اثباتها مانع من قبول الدعوى مرة اخرى منها او من غيرها .

من حيث أن هذه لدعوى سبق لأم الصغيرة أن رفعتها واستوفت مجالس الاثبات فيها وعجزت عن اثباتها وتقرر عجزها وطلبت تحليف اليمين الشرعية ثم تنازلت عن طلب اليمين بعد أن وجهت اليمين الى المدعى عليه كما تنازلت عن الدعوى وتقرر قبول تنازلها . ومن حيث أن التنازل لا يسقط الحقوق التى اكتسبها المدعى عليه ولا يمنع المدعى من اعادة دعواه لاستيفاء ما بقى له من الحقوق ومن حيث أن تقرير العجز عن الاثبات حق اكتسبه المدعى عليه فلا تملك المدعية اعادة الدعوى وتقديم اثبات جديد عليها وانما لها حق اعادتها لتوجيه اليمين فقط وهو ما بقى لها من طرق الاثبات . ومن حيث أن من يتوجه عليه اليمين قد توفى فبناء على ذلك اصبحت هذه الدعوى غير مسموعة مطلقا من المدعية من هذه الناحية ايضا.

٣١/١٣٨٥ س ك مصر (١٨/٧/٣٢) م س ٨٧٣/٣

□■□

(المبدأ ١٦٣) : تعدد المدعين فى الدعوى . غياب بعضهم . استمرار المحكمة فى نظر الدعوى . لا خطأ . علة ذلك .

من المقرر طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون المرافعات وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية لها ، أنه اذا تعدد المدعون وتغيب بعضهم وحضر البعض الآخر فلا يؤثر غياب البعض على نظر الدعوى ، وانما تستمر المحكمة فى نظرها على تقدير علم المدعين بقيامها بالجلسة المحددة وانهم أبدوا اقوالهم وطلباتهم فى صحيفتها ، واذا كان لا يؤثر على سلامة اجراء تجديد السير فى الدعوى بعد شطبها الا تكون وكالة المحامى الذى حرر صحيفة التجديد عن المطعون عليها الثانية ثابتة له قبل قيامه بهذا العمل ، فان الحكم المطعون فيه اذ لم يجب الطاعن الى طلب شطب الدعوى بالنسبة للمدعية الثانية لعدم حضورها أو حضور من ينوب عنها قانونا بالجلسة المحددة لنظرها بعد تجديد السير فيها وقد حضر محام المذكورة عن المدعية الأولى اعمالا للفقرة الثانية من المادة ٨٢ من قانون المرافعات يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يقدم فى ذلك ما اثاره الطاعن من أن المطعون عليها الثانية غادرت البلاد ولا تعلم شيئا عن تجديد السير فى الدعوى فهو فضلا عن انه عار عن الدليل ، فان الأثر الذى قد يترتب عليه ــ ان صح ــ انما يتعلق بالمطعون عليها المذكورة ، وليس للطاعن التحدى به .

نقض ١٦١/٤٤ ق (٧٩/٥/١٧) س ٣٠ ص ٣٧٤

□■□

(المبدأ ١٦٤) : تجديد الدعوى بعد شطبها . عدم اشتراط ان يكون بيد المحامى توكيل من ذى الشأن عند تحرير التجديد واعلانها . وجوب اثبات الوكالة فى الحضور عن الموكل امام المحكمة .

لم يتطلب القانون أن يكون بيد المحامى الذى يحرر صحيفة تجديد السير فى الدعوى بعد شطبها توكيل من ذى الشأن عند تحرير صحيفة التجديد بتجديد السير فى الدعوى عدم ثبوت وكالة المحامى عن احداهما وقت تحرير صحيفة التجديد واعلانها او ما قرره هذا المحامى امام محكمة أول درجة من أن وكالته غير ثابتة الا عن احداهما فقط ، وذلك انه لا يلزم فى هذا العمل أن تكون وكالته عن المدعية الثانية ثابتة قبل القيام به ، فاذا قام به ولم يكن بيده توكيل عنها اعتبر صحيحا منتجا لكل آثاره ، ولأن القانون لا يستلزم ثبوت وكالة الوكيل عن موكله وفقا لأحكام قانون المحاماه الا فى الحضور عنه أمام المحكمة كنص المادة ٧٣ من قانون المرافعات .

نقض ١٦١/٤٤ ق (٧٩/٥/١٧) س ٣٠ ص ٣٧٤

□■□

(المبدأ ١٦٥) : لولى الأمر ان يمنع قضاته من سماع اى دعوى — فى حدود ما قرره الفقهاء والى اقل مما بينوه لا الى اكثر .

لولى الأمر ان يمنع قضاته من سماع اى دعوى فى اى زمان ومكان ومدة اخذا من قاعدة تخصيص القضاء غير أن ذلك يكون فى حدود ما قدره الفقهاء والى أقل مما بينوه لا الى اكثر فاذا جاء النهى الى إكثر مما حدده الفقهاء لا تسمع الدعوى ولو أقر السلطان بسماعها ومن ذلك ما جاءت به المادة ٣٧٥ من اللائحة .

٣٨/٨٥٨ اسيوط (٤٠/٢/٢٥)　　　　م ش ٩٨/٥/١٢

□■□

(المبدأ ١٦٦) : لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات .

نص القانون على المنع من سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى وهذا أوضح فى أن النفقة التى قبل هذه المدة ومتصلة بها لا تسمع الدعوى بها فبالأولى النفقة التى قبل هذه المدة ومنفصلة عنها لا تسمع الدعوى فيها لأن الغرض من هذا القانون المنع من سماع دعوى النفقة التى تركت المطالبة بها اكثرمن ثلاث سنين .

٣٢/٣٠٠٩ الجمالية (٢٣/١٠/٨)　　　　م ش ٥٧/٣/١١

□■□

(المبدأ ١٦٧) : النهى عن سماع الدعوى عزل للقاضى عنها .

النهى عن السماع عزل للقاضى عنه وذلك لا يسقط حق صاحب الدعوى فى حقه لأن الفقهاء نصوا على انه عند النهى عن السماع يجب على ولى الأمر ان يسمع الدعوى بنفسه او باذن غيره لسماعها ومن جهة أخرى فان عمل المحاكم جميعها ابتدائية واستئنافية استقر على وجوب المسوغ لسماع دعوى الوقف مطلقا فى الحوادث التى بعد القانون والتى قبله عند الانكار وهذا العمل المطرد مفسرا للقانون .

٢٥/٣١٤ العليا (٢٦/١٢/١٦)　　　　م ش ٤٠١/١٠

□■□

(المبدا ١٦٨) : الترك الموجب لعدم سماع الدعوى .

الترك الموجب لعدم سماع الدعوى طبقا للمادة ٣٧٥ من اللائحة الشرعية وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ هو ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها فيها أما مجرد ترك العين واهمالها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها أو يغتصبها وينكر حق مالكها فيها فلنه لا يترتب عليه سقوط ملكيتها ويمنع سماع الدعوى بها .

نقض ٦/٣٦ ق (٦٨/١/٢٤) س ١١٥/١٩

□■□

(المبدا ١٦٩) : الكتابة شرط لسماع دعوى الوصية عند الانكار وليست ركنا فيها ــ اقرار الورثة بالوصية او نكولهم بعد حلف اليمين الموجهة لهم ــ أثره .

الوصية وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون ١٩٤٦/٧١: « تنعقد بالعبارة او بالكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزا عنها انعقدت الوصية باشارته المفهمة » أما الكتابة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة ، فهى مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الانكار وليست ركنا منها . فلو اقر الورثة بالوصية أو وجهت اليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى وقضى بالوصية .

نقض ٢٣٤/٣٧ ق (٧٣/١١/٢١) س ١١٢١/٢٤

□■□

(المبدا ١٧٠) : القاعدة الشرعية فى الترك الموجب لعدم سماع الدعوى هو ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضاها من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها .

ان القاعدة الشرعية الاسلامية فى الترك الموجب لعدم سماع الدعوى هى ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضاها من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها .

٥/٦١ ق (٣٦/٤/٢٣) م ش ١٦٣/٩

□■□

(المبدأ ١٧١) : الترك الموجب لعدم سماع الدعوى .

أن قاعدة الشريعة الاسلامية فى الترك الموجب لعدم سماع الدعوى هى ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها هذه القاعدة صاغتها المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها لأن بهذا النص « القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها الا فى الارث والوقف فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ثلاثة وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وهذا كله مع الانكار للحق فى تلك المدة أما مجرد ترك العين واهمالها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها احد ويغتصبها وينكر حق مالكها فانه لا يترتب عليه البتة لا فى الشريعة الاسلامية ولا فى غيرها من الشرائع لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن من الاهمال المديد .

٥/٧٦ ق (٣٦/٤/٢٣) م ش ٣٤٣/٩/٨

□■□

(المبدأ ١٧٢) : الدفع بعدم سماع الدعوى لمضى المدة المانعة من سماع الدعوى بالحقوق .

نص الفقهاء حقيقة على أن تقادم العهد على بعض الحقوق يكون مانعا من سماع الدعاوى بها وعلى أن هذا العهد يختلف تبعا لاختلاف هذه الحقوق فقد جعل خمس عشر سنة بالنسبة لما عدا الميراث والوقف وقد سايرت اللائحة هذا النص ولما كان المنع من سماع امثال هذه الدعاوى ليس مبنيا على سقوط الحق نفسه وانما بنى على ما لولى الأمر من جواز تخصيص القضاء بالحادثة وقفا للحيل وقد احيط هذا المنع بضمانات من شأنها المحافظة على هذا الحق واستيفائه على من قام به عذر باعد بينه وبين التمكن من المطالبة به طوال هذه المدة ، نعم ان ترك المطالبة بالحق زمنا يطول الى هذا الحد فيه القرينة على الوفاء به اذ يبعد أن يسكت محق عن المطالبة بحقه هذا الزمن الطويل دون ان يكون قد استوفاه ، ولكن من الأعذار ما يمنع من هذه المطالبة ، وقد تمضى عشرات السنوات وهذه الأعذار قائمة من أجل ذلك كان النهى عن سماع امثال هذه الدعوى مقيد بانكار الحق والا يقوم بالمدعى عذر يحول بينه وبين المطالبة بهذا الحق .

٣٥/٨٧٦ تلا (٣٧/٤/٢٠) م ش ٢٩١/٩/٧

□■□

(المبدا ١٧٣) : المنع من سماع الدعوى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ مبنى على ان عدم المطالبة بالحق الزمن الطويل دليل على كذب الادعاء .

المنع من سماع الدعوى بمقتضى المادة ٣٧٥ مبنى على المبدا الشرعى القاضى بأن عدم المطالبة بالحق الزمن الطويل دليل ظاهر على كذب الادعاء بعد فرض أن السكوت من غير عذر وقصد المشرع من الأخذ بذلك القضاء على الدعاوى الاحتيالية لأن صاحب الحق عرفا وعادة لا يمكن أن يسكت على المطالبة بحقه مثل هذا الزمن بغير عذر واضح .

٤٥/٢ ك الاسكندرية (٤٧/١/٣٠) ت س ٤ ش ٤٧/١٩

□■□

(المبدا ١٧٤) : النهى عن سماع الدعوى (٣٧٥ لائحة) مناطه . حجيته .

النهى عن سماع الدعوى بمضى المدة طبقا للمادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، مناطه ان يكون قد مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى اقامتها ، وأن يكون الحق المدعى به موضوع انكار من الخصوم ، مما مؤداه أن الحكم بسماعها تكون حجيته قاصرة على الدعوى التى صدر فيها ، فلا يتعداه الى دعوى تالية بذات الحق يكون قد مضى خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى اقامتها ، وبالتالى لا تمنع من الحكم بعدم سماع هذه الدعوى .

نقض ٥٠/٩ ق (١٩٨٣/٦/٢٨) لم ينشر

□■□

(المبدا ١٧٥) : المدة الواردة بالمادة ٣٧٥ لائحة شرعية ليست مدة تقادم .

مفاد المادة ٣٧٥ لائحة شرعية أن المدة المقررة لسماع الدعوى ليست مدة تقادم يعمل فى شأنها بقواعد التقادم الواردة فى القانون المدنى ، وانما مبناها مجرد نهى المشرع للقضاة عن بسماع الدعوى بمجرد انقضاء المدة المقررة لسماعها ، ولا يقف سريانها الا بقيام عذر شرعى بالمدعى يحول بينه وبين رفع الدعوى ما بقى العذر قائما .

نقض ٥٠/٩ ق (١٩٨٣/٦/٢٨) لم ينشر

□■□

(المبدا ١٧٦) : الترك الموجب لعدم سماع الدعوى شرعا ـ ماهيته .

ان قاعدة الشريعة الاسلامية فى الترك الموجب لعدم سماع الدعوى، هى ترك الدعوى بالعين مع قيام مقتضى الدعوى من غصب الغير للعين وتعديه عليها وانكار حق مالكها فيها . اما مجرد ترك العين واهمالها مهما يطل الزمن من غير أن يتعرض لها احد او يغتصبها وينكر حق مالكها فيها فانه لا يترتب عليه البتة ـ لا فى الشريعة الاسلامية ولا فى غيرها من الشرائع ـ لا سقوط حق ملكيتها ولا منع سماع الدعوى بها لو تعرض لها متعرض بعد زمن الاهمال المديد .

نقض ٧٦/٥ ق (١٩٣٦/٤/٢٣)

□■□

(المبدا ١٧٧) : بدء المدة المانعة من سماع الدعوى .

ان المدة المانعة من سماع الدعوى تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة بالحق المدعى به لأنه قبل ثبوت حق المطالبة به لا تتجه المطالبة وإن كان الحق ثابتا فى ذاته بدليل أن الحق لو ادى لصاحبه قبل مجىء ميعاد المطالبة برىء المدين منه .

٤٣/٤٥٦ أسيوط (٤٤/٢/١٠) م ش ١٦/٧/١٦٩

□■□

(المبدا ١٧٨) : المطالبة المسقطة للمدة المانعة من سماع الدعوى

ليست كل مطالبة بالحق بمسقطة للمدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى بل لا بد وأن تكون المطالبة بدعوى امام مجلس القضاء ، اما المطالبة بغير ذلك فلا قيمة لها ولا تقطع المدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى ، ففى الجزء الثانى ص ٧ من تنقيح الحامدية ما نصه : « سئل فيما اذا ترك زيد دعواه على عمرو بحق له مدة خمس عشرة سنة ولم يدع زيد عليه ذلك عند القاضى بل طالبه بذلك مرارا فى غير مجلس القضاء ويريد زيد الآن الدعوى عليه بذلكمتعللا بأنه ما ترك الدعوى فى المدة المذكورة فهل تسمع دعواه ام لا ؟ ـ الجواب فى المنح من كتاب الدعوى وشرطها « أى شرط جواز الدعوى » مجلس القاضى فلا تصح الدعوى فى مجلس غيره حتى لا تجب على المدعى عليه ا. هـ » ـ ومثله فى الدر ، وقال فى البحر ومنها مجلس القضاء فلا تسمع هى والشهادة الا بين يدى الحاكم ا. هـ.

٤٣/٤٥٦ أسيوط (٤٤/٢/١٠) م ش ١٦/٧/١٦٩

□■□

(المبدأ ١٧٩) : الوارث والمورث يعتبران شخصا واحدا فى حساب مدة التقادم .

الوارث والمورث يعتبران شخصا واحدا معنويا بالنسبة للمدة المانعة من سماع الدعوى فاذا انتهت فى حياة المورث لا تتجدد فى حياة الوارث لأن هذه المدة لا يكتسبها الوارث لا اذا كانت مكتسبة للمورث الى مماته وجزء بعده ، لأن الوارث والمورث شخص واحد معنوى .

٤٣/٤٥٦ اسيوط (٤٤/٢/١٠) م ش ١٦٩/٧/١٦

□■□

(المبدأ ١٨٠) : ترك الدعوى المدة الطويلة مع التمكن وانكار الخصم مانع من سماعها .

ان ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وانكار الخصم للحق طول المدة وعدم العذر الشرعى مانع من سماع الدعوى ، ومن ذلك ما جاءت به المادة ٣٧٥ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٤٣/٤٥٦ اسيوط (٤٤/٢/١٠) م ش ١٧٠/٧/١٦

□■□

(المبدأ ١٨١) : ترك الدعوى بالحق فى غير الارث والوقف بشروطها مانع من سماعها .

ترك دعوى الحق فى غير الارث والوقف خمسة سنة بشروط مانع من سماعها .

٣٧/١١٤٦ اسيوط (٤٠/٤/٦) م ش ١٢٥/٨/١١

□■□

(المبدأ ١٨٢) : منع سماع الدعوى بالحق لا يعنى سقوطه .

منع سماع الدعوى بالحق لا يعنى سقوطه لأنه لا يسقط بتقادم الزمن .

٣٧/١١٤٧ اسيوط (٤٠/٤/٦) م ش ١١٥/٨/١١

□■□

(المبدأ ١٨٣) : المطالبة المسقطة للمدة ما كانت فى خصومة شرعية .

المطالبة المسقطة للمدة هى ما كانت فى خصومة شرعية امام القضاء .

٣٧/١١٤٧ اسيوط (٤٠/٤/٦) م ش ١٢٥/٨/١١

□■□

(المبدأ ١٨٤) : الزوجية ليست عذرا يجيز سماع الدعوى .

ليست الزوجية عذرا يجيز سماع الدعوى بالحق مع مضى المدة على الراجح من المذهب .

٣٧/١١٤٧ اسيوط (٤٠/٤/٦) م ش ١٢٥/٧/١١

□■□

(المبدأ ١٨٥) : تحتسب مدة التقادم من وقت الاستحقاق .

تحتسب المدة من وقت استحقاق المطالبة لا من وقت الزواج .

٣٧/١١٤٧ اسيوط (٤٠/٤/٦) م ش ١٢٥/٧/١١

□■□

(المبدأ ١٨٦) : ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة بشرط مانع من سماعها ـ منع سماع الدعوى بالحق لا يعنى سقوطه لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان .

المقرر شرعا أن ترك الدعوى بالحق المدة الطويلة مع التمكن وعدم العذر الشرعى وانكار الخصم للحق طوال المدة مانع من سماعها به .

ان المنع من سماع الدعوى بالحق لا يعنى سقوط الحق نفسه لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان كما فى قضاء الأشباه بدليل أن الخصم لو اقر به لزمه ، فلو كان يسقط بالتقادم لما لزمه باقراره لأن الساقط لا يعود .

٣٨/٨٥٨ اسيوط (٤٠/٣/٢٥) م ش ٩٨/٤/١٢

□■□

(المبدأ ١٨٧) : المدة الطويلة فى غير الارث والوقف خمس عشرة سنة .

ان الفقهاء اختلفوا فى تقدير المدة الطويلة ـ ففى المبسوط انها ثلاث وثلاثون سنة ،وفى جامع الفتاوى نقلا عن فتاوى التمابى انها ست وثلاثون

سنة وعند اكثر المتاخرين انها ثلاثون سنة ، وفى التنقيح أنها ثلاث سنين لكنه قول مهجور فلا يعتد به ، وليس هذا للنهى السلطانى بل هو اجتهاد من الفقهاء مبناه أن ترك الدعوى بالحق هذه المدة مع التمكين من طلبه وعدم العذر الشرعى والانكار من الخصم يدل على عدم الحق ظاهرا فمنعوا سماعها قطعا للاطماع الفاسدة ومنعا للتلبيس والتزوير وأكل اموال الناس بالباطل .

٣٨/٨٥٨ اسيوط (٤٠/٣/٢٥) م ش ١٢/٤/٩٨

□■□

(المبدا ١٨٨) : المورث امتداد لمورثه بالنسبة لمدة التقادم .

المنصوص عليه شرعا انه اذا ترك شخص الدعوى عشر سنين من غير عذر شرعى ومات وتركها وارثه البالغ خمس أو عشر سنين فلا تسمع الدعوى لأن مجموع المدتين مدة المنع من سماع الدعوى .

٤٣/٢٢٢ ايتاى ابارود (٤١/٤/٥) م ش ١٣/٧/١٢٦

□■□

(المبدا ١٨٩) : دعوى النفقة ـ اختلافها عن دعوى التطليق للفرقة فى شريعة الاقباط الارثوذكس سببا وموضوعا .

المادة ٥٧ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة فى ٣٨/٥/٩ تجيز طلب الطلاق اذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر او اخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما ادى الى استحكام النفوز بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما ثلاث سنين متوالية على الا يكون ذلك بخطأ من جانب طالب التطليق حتى لا يستفيد من خطئه . وكانت دعوى النفقة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للفرقة المشار اليها لاختلاف المناط فى كل منهما فبينما تقوم الأولى على سند من احتباس الزوجة لزوجها وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها أن تنشز عن طاعته الا بحق اذ بالثانية تؤسس على ادعاء الاساءة واستحكام النفوز والفرقة بين الزوجين .

نقض ٤٥/٢ ق (٧٦/٤/٢٨) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١) : الدفع فى اصطلاح الفقهاء ـ ماهيته .

الدفع فى اصطلاح الفقهــاء هو دعوى من قبل المدعى عليــه او ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنــه يقصد به دفع الخصومة عنه أو ابطـال دعوى المدعى ، بمعنى ان المدعى عليه يصير مدعيــا اذا اتى بدفع ، ويعود المدعى الاول مدعيا ثانيا عند دفع الدفع .

نقض ٢١/٤٤ ق (٧/٤/٧٦) س ٢٧
٣٩/٣٩ ق (٢٦/٢/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٢) : الدفع دعوى من المدعى عليه فى مقابلة دعوى المدعى متى ثبتت وجب على القاضى الحكم بما قام عليه الدليل .

حيث انه قام الدليل على الدفع بأن مصلحة البنت فى بقائها فى يد أمها الى الحادية عشرة من عمرها والدفع دعوى متى قام الدليل عليهــا وجب على القــاضى الحكم لصاحبها بما قام الدليل عليــه فاذا حاد عن ذلك كان ردا عليــه .

١٤٩٦/٣٠ السيدة (١٢/١٠/٢١) م ش ٤/٨٦٦

□■□

(المبدأ ٣) : لا يمنع من قبول الدفع والحكم به سبق الحكم برفضــه للعجز عن اثباته ما دام مدعيه قد اعاده وبينته عليه حاضرة .

الدفع كالدعوى تجرى عليه احكام الاثبات فيها والعجــز عنه الواردة فى المواد (الواردة باللائحة) ويكون الرفض حينئذ معنــاه المنع المؤقت من السماع حتى اذا أحضر الدافع دليله بعد ذالك قبل منه فقد نص ابن عابدين فى حاشيتــه فى باب الدعوى على أن المدعى اذا حلف خصمه لا يبطل حقــه بيمينــه لكنه ليس له ان يخــاصم ما لم يقم البينــة على وفق دعواه فان وجدها اقامها وقضى له بها فاليمين انما تقطع النزاع مؤقتا الى أن يتمكن المدعى من احضار بينته وظاهر عبارة ابن عابدين أن عودة الخصومة بعــد قطعها بالحلف مقيدة باقامة البينة بمعنى ان البينــة والخصومة يكونان فى وقت واحد وهذا يتفق مع اعادة الدفع وقول الدافع بينتى حاضرة . ومما

تقــدم يعلم ا نمرات الاثبــات غير محصورة فقهــا وان كان القانون قــد حصرها .

٣٢/٤٢٠ س ك أسيوط (٣٣/١٠/١٥) م ش ٧٤٤/٥

□■□

(المبــدا ٤) : عجز الدافع عن اثبات دفعه غير مانع من رفع الدعوى به استقلالا .

ان عجز الدافع من اثبات دفعه فى قضية ما لا يمنع من رفع دعوى مستقلة بموضوعه ـ والتمتع بسائر الحقوق الشرعية والقانونية الأخرى.

٣٤/٨٥١ طنطا (٣٣/٣/٧) م ش ٩٢٤/٥

□■□

(المبدا ٥) : النص الفقهى يقضى بعــدم امهال الدافع لاثبات دفعــه اكثر من مرة .

النص الفقهى يقضى بعدم امهال الدافع لاثبات دفعه اكثر من مرة فاذا لم يقدم اثباتا فى المجلس المحدد له يعتبر عاجزا عن اثبات دفعــه ولا يجاب الى طلب التأجيل لذلك مرة اخرى .

٣٣/١٢٧ ك مصر (٣٤/٥/١٧) ت س م ش ٢٣٧/٦

□■□

(المبدا ٦) : رفض الدفع لعدم تقديم البينــة قضاء ترك لا يمنع من الرجوع الى الدعوى .

رفض الدفع لعدم تقديم البينة قضــاء ترك لا يمنع من الرجوع الى الدعوى اذا وجدت الحجة كما هو معروف شرعا .

٢٧/٢٦٨١ الأزبكية (٢٩/٥/٧) م ش ٧٠٩/١

□■□

(المبدا ٧) : للمحكوم عليه غيابيا ان يدفع فى معارضته بكل الدفوع التى خولها له القانون ومنها الدفع بعدم الاختصاص .

وحيث أنه يجوز للمحكوم عليه غيابيا أن يدفع عند نظر المعارضة التى لرفعها بكل الدفوع التى خولها له الشارع ومنها الدفع بعدم الاختصاص .

٣٥/١٤٨ كفر صقر (٣٦/٥/١٤) م ش ٨١٠/٦

□■□

(المبدأ ٩) : ارجاء الفصل فى الدفع للفصل فيــه مع الموضوع تدبير اجرائى لا يمنع من العودة للفصل فى الدفع المذكور استقلالا .

وحيث أن ما تمسك به المدعى من سبق ضم الدفع بعدم السماع الى الموضوع فلا يجوزالعودة الى الفصل فيه قبل الموضوع لا وجه له لأن قرار ضم الدفع الى الموضوع ليس الا تدبيرا اجرائيا الغرض منه عـدم تجزئة الفصل فى موضوع النزاع عندما يرى من المصلحة عدم التجزئة ولا مانع من العود الى الفصل فيمـا تقرر ضمه للموضوع عندما يرى أن من المصلحـة الفصل فيه مستقلا عن الموضوع ولا يوجد نص شرعى ولا قانونى ينافى ذلك خصوصا بعد ان زالت الأسباب التى لأجلها قررت الهيئة الســابقة الضم الى الموضوع .

٣٠/١٠٣٠ ك مصر (٣١/٦/٩)　　　　م ش ٤١٨/٣

□■□

(المبدأ ١٠) : الدفع بســبق الفصل فى الموضوع لا يقبل لاختــلاف الخصوم .

لا يقبل الدفع بســبق الفصل فى الموضوع اذا تبين أن الخصــوم فى الدعوى لم يكونوا بعينهم خصوما فى الدعاوى الســابقة على فرض اتحــاد الموضوع .

٣٦/٢٠١ العليا الشرعية (٣٨/٢/٢٢)　　　　م ش ٣٢٢/١

□■□

(المبدأ ١١) : الدفع بعدم السماع لسبق الفصل فى الدعوى لا يقبل اذا اختلف الخصوم .

الدفع بعدم السماع لسبق الفصل فى موضوع الدعوى لا يكون مقبولا متى اختلف موضوع الدعويين أو كان المدعى فى الثانية غير المدعى فى الأولى.

٤٦/٢٢ ك أسيوط (٤٩/١/١٦) ت س　　　　م ش ٦١/٢١

□■□

(المبدأ ١٢) : الدفع بعدم سماع الاستئناف على وصى القاصر لبلوغه سن الرشد اذا كانت الدعوى قد رفعت ابتدائيا على الوصى لا يقبل .

لا يقبل الدفع بعدم سماع الاستئناف على وصى القاصر لبلوغ القاصر سن الرشد اذا كانت الدعوى قد رفعت ابتدائيا من الوصى بصفته وصــدر

الحكم له فيها بهـذه الصفة ، وان كان القاصر قد بلغ سن الرشـد قبل صـدور الحكم وقبل اسـتئنافه الا ان بلوغ القـاصر قبل الحكم وقبـل الاستئناف مع عدم وجود صفة للوصى فى الدعوى تجيز له رفعها لغير صفة الوصاية يجعل الدعوى بالنسبة لهذا القاصر غير مسموعة والحكم الصادر فيها واجب الالغاء .

١٩٣/٢٩ العليا الشرعية (٤١/٢/١٨) م ش ١٢/١٠/١٢

□■□

(المبدا ١٣) : منع سـماع الدعوى ــ وقف سريان المدة المانعـة من سماعها .

تنص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن : «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليهـا خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم اقامتها .. وهـذا كله مع انكار الحق فى تلك المدة ... » . واذ يبين من الحكم المطعون فيه انه استند فى رفض الدفع بعدم سماع الدعوى الى أن الناظرة السابقة أقرت باستحقاق المستحقين لفاضل الريع فى عقد الصلح المقدم فى دعوى سابقة ــ وأنها ظلت تنفذ هـذا الصلح حتى عزلت من النظارة فى سنة ١٩٤٠ ، ولم يمض بين هذا التاريخ ورفع الدعوى الحالية فى سنة ١٩٥٤ المدة المانعـة من سماع الدعوى ، وأن هذا الاقرار من الناظرة قد أوقف سريان المدة الى أن عزلت من النظارة فى سنة ١٩٤٠ ، وكانت هـذه الدعامة الصحيحـة تكفى لحمل الحكم فى هذا الخصوص ، بصرف النظر عما تثيره الطاعنة من أن المحكمـة لم تعتمد عقد الصلح الا فى خصوص ما عرض عليها من نفقة الخصوم ــ فى الدعوى السـابقة ــ دون باقى المستحقين ، فانه لا يؤثر فى سلامة الحكم ما قرره خطأ من أن خفاء شرط الواقف يعد عذرا مانعا من رفع الدعوى .

نقض ٣١/١٠ ق (٧٢/٧/١٢) س ١١٧٧/٢٢

□■□

(المبدا ١٤) : لا يقبل الدفع فى المعـارضة باختلاف اسـم من حكم بوراثة مدعى الوراثة له مع اسم المتوفى متى كان الحكم بالوراثة مبنيا على بينة سابقة اتصل القضاء بها .

المنصوص عليه أن غلط الاسم لا يضر وتعدده جائز ففى صور المسائل ادعى على رجل هو محمد بن على بن عبد الله ، ثم ظهر أن اسم جده أحمـد لا تبطل الدعوى لجواز أن يكون لجـده اسمان وفى البزازية اشترى جارية

اسمها شجرة الدر واستحقت بذلك الاسم وعنـد ارادة المشترى الرجوع بالثمن قال اسـتحقت منى جارية اسمها قضيب البـان تصح الدعوى ان قال استحقت على الجـارية التى اشتريتها منك والغلط فى الاسـم لا يمنع الدعوى بعدما عرفها بذلك التعريف ولأنه يجوز ان لها اسمين (ص ٦٨ من مختصر الفتاوى المهـدية) قال فى جامع الفصولين والحـاصل أن المعتبر حصول المعرفة وارتفاع الالتباس بأى وجه كان وفى الأشباه وتكفى النسبة الى الزوج لأن المقصود الاعلام (ص ٥٣ جزء أول من تكملة ابن عابدين) .

٣٦/٢٦٨ الفشن (٣٧/٥/٢٧) م ش ٢٩٦/٩/٨

□■□

(المبدا ١٥) : الدفع بعدم السماع يصح ابداؤه قبل الجواب وبعده .

الدفع بعدم السماع لمضى المدة القانونية مما يصح ابداؤه قبل الجواب عن الدعوى وبعده ما دام الجواب بالانكار ــ فلا وجه لرفضه من هذه الجهة.

٤٦/١٠٢ العليا الشرعية (٤٨/١/٢٩) م ش ١٤١/١٩

□■□

(المبدا ١٦) : الدفع بعـدم دستورية نص فى قانون ــ غير متعلق بالنظام العام .

الدفع بعدم دستورية نص فى قانون او لائحة غير متعلق بالنظام العام، ومن ثم فلا يجوز لصاحب الشان اثارته أمام محكمة النقض ما لم يكن قـد ابداه أمام محكمة الموضوع .

نقض ٦/٥٣ ق ح (١٩٨٤/٣/١٣)

□■□

(المبدا ١٧) : لا يقبل الدفع بحاجة المطلوب ضمنها لخدمة النسـاء لكونها مكفوفة البصر ولا بكيدية الدعوى لأن مدعيها يريد بالضم اسـقاط نفقة المطلوب ضمها .

حيث أن دفع المدعى عليها الدعوى بعـدم السماع لأنها كفيفة البصر فلا تستغنى عن خدمة النسـاء لا وجه له شرعا لأن فقـد البصر لا يخرج الحاضنة عن اهليتهـا للحضانة ما دامت قادرة لحفظ المحضـون ، ومتى كانت المكفوفة اهلا لحضانة أولادها تكون مستغنية عن خدمة غيرها بالأولى ــ لأن الولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة ــ على ان المدعى عليهـا قد

تجاوزت السن التى يمكن أن يقال فيها أنها تستغنى أولا عن خدمة النساء واصبحت فى سن جعلت مناط الحكم بالضم قصد المحافظة فقط ولهذا لم نعول المحكمة على الدفع .

٣٧/٨٦٧ الفيوم (٣٤/٦/٤) م ش ٦/١٨٤

□■□

(المبدا ١٨) : الدفع بعدم اهلية ام الصغير لحضانته دليل استحكام النزاع بينهما .

دفع المدعى عليه الدعوى بعدم اهلية أم الصغير للحضانة قرينة على استحكام النزاع بينهما لا يقبل معه إدعاء قيامه بالانفاق عليها واعطائها أجرة الرضاع فى المدة المحكوم بها .

٣٧/١٤١٣ س ك مصر (٤٨/٤/١٤) م ش ٩/٨٢٨

□■□

(المبدا ١٩) : اذا تقرر عدم سماع الدفع بالنشوز فلا يقبل من الدافع مرة ثانية فى نفس القضية .

اذا تقرر عدم سماع الدفع بالنشوز فى قضية ـ فلا يقبل من المدعى عليه بعد ذلك فى نفس القضية ولا يؤثر فى ذلك تغيير مبدأ النشوز اذ لو كان ذلك مسوغا لسماع مثل هذا الدفع بعد المنع منه لترتب على ذلك أن مثل هذا الدفع لا ينتهى اذ كلما رفض وكانت القضية منظورة اعيد بتاريخ متاخر عن تاريخ الرفض ، وهكذا دواليك . فيتسلسل الأمر ولا يمكن الفصل فى القضية المنظورة ولم يفصل فيها بعد .

٢٨/٤٦١ العياط (٢٩/٦/١٤) م ش ١/٣٢٤

□■□

(المبدا ٢٠) : لا يقبل دفع دعوى الزواج بالتناقض لأنه مغتفر فيه .

النكاح مما يغتفر فيه التناقض لما فيه من حق الله ـ ففى واقعات المفتين ص ١٩٥ فى أول باب التناقض (الأب زوج البالغة وسلمها الى الزوج ودخل بها الزوج ثم برهنت على انها كانت ردت النكاح قبل اجازتها ، فالمذكور فى الكتب انها تقبل قال صاحب الواقعات الصحيح عدم القبول لأنها متناقضة فى الدعوى والبينة تترتب على الدعوى ـ والصحيح القبول كما ذكر فى الكتاب لأنه وان ابطل الدعوى فالبينة لا تبطل لأنها قامت على

تحريم فرج المراة والبرهان عليه مقبولٌ بلا دعوى ، وقد جعلٌ فى فروقٌ الأشباه النكاح من الأشياء التى تقبل فيها الشهادة حسبة بدون دعوى حيث قال : (النكاح يثبت بدون الدعوى كالطلاق والملك ، بالبيع ونحوه لا ـ والفرق ان النكاح فيه حق الله لأن الحل والحرمة حقه سبحانه بخلاف الملك فانه حق العبد ـ

٣١/٤٦٩ ك المنصورة (١٤/٣/٢٣) م ش ٤/٤٥٢

□■□

(المبدا ٢١) : الدفع باحالة دعوى اجرة المسكن الى المحكمة التى بها دعوى الطاعة دفع مقبول .

يقبل الدفع باحالة دعوى اجرة المسكن الى محكمة اخرى بها دعوى الطاعة لأنحكم الطاعة يؤثر فى دعوى اجرة المسكن، وهذا القدر من الارتباط كاف للاحالة .

٢٨/١٨٩٣ ك مصر (٢٠/٢/٣٠) م ش ١/٥١٠

□■□

(المبدا ٢٢) : دفع المدعى عليها دعوى الطاعة بمشغولية المسكن باشخاص سمتم فى دفعها وتسميتها غيرهم بجلسة الاثبات لا يجعل الدفع جديدا لأن الدفع بالمشغولية واحد لم يتغير وانما الذى تغير هو صفة الأشخاص بقصد اكتساب مجلس آخر للاثبات وهذا لا يكسب الدفع جدة.

لا التفات لما قاله وكيل المدعى عليها من أن تسميته فى جلسة الباتٌ الدفع أشخاصا غير من سمتهم المدعى عليها نفسها ودفعها بالمشغولية بهم تجعل هذا الدفع جديدا لأن المشغولية المدفوع بها هى بعينها لم تتغير بهذه التسمية ، ولم يكسبها هذا الاضطراب والتمويه غير الجدى جدة ، اذ يلزم من هذا أن مثل هذا الدفع لا ينتهى اذ كلما كلفت الدافعة اثباته طلبت التاجيل ، وفى جلسة التاجيل تسمى اشخاصا غير من دفعت بهم المشغولية وتعتبر الدفع لهذا جديدا باعتبار أن هذا تجديد للدفع وهكذا دواليك ، وهذا لا يسوغه شرع ولا قانون اذ قد منع الشرع والقانون تقديم الاثبات فىَ الدفع اكثر من مرة لأن الدعوى موجهة الى الخصم والدفع معطلٌ لسيرها فلا يقبلُ عليه الاثبات اكثر من مجلس واحد .

٢٨/٨٣٧ العياط (١٤/١٠/٢٩) م ش ٢/٩

□■□

(المبدا ٢٣) : دفع دعوى الطاعة بعدم استيفاء مقدم صداقها مع النص على على قبضه بالقسيمة يعتبر من قبيل ادعاء الكذب فى الاقرار .

دفع الزوجة دعوى الطاعة بعدم استيفاء مقدم صداقها مع النص على قبضه بقسيمة الزواج يعتبر من قبيل ادعاء الكذب فى الاقرار وهو جائز متى قدمت دليلا كتابيا يؤيده . وهو السند المحرر على الزوج فى نفس يوم العقد بمبلغ مقدم الصداق بدفعه لوكيلها ولو لم تذكر فيه صفة الوكالة عن الزوجة بعد ذكر اسم من تحرر السند لصالحه .

١٣٠/٣٦ س ك اسيوط (٣٧/٧/٦) م ش ٢١٩/١٧

□■□

(المبدا ٢٤) : الدفع بعدم القبول الذى تعنيه المادة ١١٥ من قانون المرافعات .

الدفع بعدم القبول الذى تعنيه المادة ١١٥ من قانون المرافعات — هو كما صرحت المذكرة التفسيرية به — الدفع الذى يرمى الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى باعتباره حقا مستقلا عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقديره ، كانعدام الحق فى الدعوى او سقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها ، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الاجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق باصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى ، فالمقصود اذن هو عدم القبول الموضوعى .

نقض ٤٨/٢٢٤ق (٧٩/٤/٢١) س ٣٠ ص ١٦٤

نقض ٤٨/١٣٢٣ ق (٧٩/٥/٢٣) س ٣٠ ص ٤٣٣

□■□

(المبدا ٢٥) الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن استندا الى ان صحيفته قد اعلنت بعد الميعاد القانونى . تمسك المستانف عليه بجلسة تالية بذات الدفع استنادا الى بطلان اعلانه بالصحيفة . اثره . سقوط حقه فى التمسك بهذا السبب الأخير .

المقرر فى قضاء النقض ان الدفع ببطلان صحيفة الدعوى وكذلك الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن كل منهما مختلف فى جوهره عن الآخر ، وكلاهما من الدفوع الشكلية التى يتعين ابداؤها معا قبل التعرض للموضوع والا سقط الحق فيما لم يبد منها ، كما انه يتعين وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١١٨ من قانون المرافعات ابداء جميع الوجوه التى يبنى عليها الدفع

المتعلق بالاجراءات معا والا سقط الحق فيما لم يبدمنها . ولما كانت المطعون ضدها عندما ابدت الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فى أول جلسة حضرتها أمام محكمة الاستئناف ، قد أقامته على أن صحيفته أعلنت لها بعد الميعاد القانونى ثم عادت فى جلسة أخرى وتمسكت بذات الدفع مؤسسة اياه على بطلان اعلانها بصحيفة الاستئناف لان المحضر لم يثبت غيابها عند مخاطبته لابنتها وقت اجراء الاعلان ولم تكن قد أبدت هذا الوجه من البطلان عند ابداء الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فى الجلسة الأولى التى حضرتها فان حقها فى ابدائه يكون قد سقط ولا يكون هناك محل بعد ذلك للقضاء باعتبار الاستئناف كأن لم يكن تأسيسا على بطلان الاعلان ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون .

نقض ٤٦/٣٩٢ ق　　　　　　س٣٠ ص١٩٠

□■□

(المبدأ ٢٦) : لا يقبل الدفع بزوال شرعية المسكن مع تأييد حكم الطاعة استئنافيا وتعرض محكمة الاستئناف له اسبابها .

لا يقبل الدفع بزوال شرعية المسكن بجميع أدواته بمحضر بيع ثبت تأييد حكم الطاعة استئنافيا بعده مع تعرض محكمة الاستئناف له فى أسبابها وردها عليه بثبوت شرعية المسكن بادلة أخرى .

٣٩/٤٢٢٨ س ك مصر (٤١/٣/٢٠)　　　　　　م ش ٥١/١٠/١٢

□■□

(المبدأ ٢٧) : لا يقبل الدفع بعدم ملكية المتوفى للمال المدعى بدعوى الوراثة قبل ثبوت صفة المدعى .

حيث أن الدفع ببيع المتوفى للعين المحدودة فى دعوى الوراثة قبل أن يثبت المدعى وراثته للمتوفى دفع سابق لأوانه لأنه يتعلق بدعوى المال وهى لا يصح السير فيها قبل أن تثبت صفة المدعى التى بها يكون أهلا للخصومة والمطالبة بالمال الموروث وحينئذ يكون الدفع الذى ابداه وكيل المدعى عليها فى غير محله ويتعين رفضه .

٣٠/١٦٩ ك مصر (٣١/٩/١٩)　　　　　　م ش ٦٠٢/٣

□■□

(المبدا ٢٨) : دفع دعوى الارث بان مدعيها اشترى مـ نالتركة قاصر ما لم يبين انه اشترى وهو يعلم ان ما اشتراه من التركة .

وبما أن ما دفع وكيل المدعى عليها قاصر لأنه لم يبين ما اذا كان المدعى قد اشترى ما اشتراه من التركة عالما بانه تركة للمتوفى أم لا وحينئذ لا يعول عليه ويتعين رفضه .

٣٠/٢١٨ ك مصر (٣٢/٣/٢٨٨) م ش ٣/١٨٠

□■□

(المبدا ٢٩) : لا يقبل الدفع بعدم سماع دعوى الوفاة والوراثة لطلاق المدعية من المتوفى فى تاريخ سابق على سنة ١٩٣١ الا اذا وجدت اوراق رسمية او مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه تدل على صحة الدفع .

دفع المدعى عليها بطلاق المدعية من زوجها المتوفى فى سنة ١٩٣٠ بحضور شهود سماهم ولما سألتهم المحكمة عما اذا كانت توجد اوراق كتابية بهذا الطلاق قال وكيلها سابحث ــ وحيث ان المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية تشترط لجواز سماع دعوى الطلاق فى مثل هذا التاريخ الذى ذكره وكيل المدعى عليها وجود أوراق رسمية كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه تدل على الدعوى .

وحيث أن المدعية لم تدع وجود هذه الأوراق ولا علم لها بوجودها ــ وحينئذ يكون الدفع بالطلاق غير مسموع .

٣٤/٢٠٥ ك مصر (٣٥/١٢/٢٤) م ش ٧/١١٣

□■□

(المبدا ٣٠) : الدفع بعدم السماع بوضع كل وارث يده على نصيبه فى التركة لا يتوجه الا حيث تكون دعوى المال فيعتبر بالنسبة لدعوى الوفاة والوراثة سابقا لأوانه .

حيث أن وكيل المدعى عليها دفع بأن الورثة ومنهم المدعية قد وضع كل منهم يده على نصيبه فى التركة .

ومن حيث ان هذا الدفع لا يدفع دعوى الوفاة والوراثة بل ان صح ذلك فانما يكون بالنسبة لدعوى المال فهو سابق لأوانه ويتعين رفضه .

٣٥/٢٤ ك مصر (٣٦/١/٢١) م ش ٨/١٢٦

□■□

(المبدأ ٣١) : الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ـ مناطه .

اذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها لأن أحداً من المدعين لم يكن ممثلا فى الأحكام السابقة ، كما ان الموضوع مختلف فضلا عن أن المادة ٦٠ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ تنص على أن الأحكام النهائية الصادرة قبل العمل بهذا القانون فى غير الولاية على الوقف انما تكون نافذة بالنسبة لطرفيها ، فان ما عول عليه الحكم من ذلك لا ينطوى على خطأ فى القانون .

نقض ٢٩/٣٣ ق (٦٦/٥/١٤) س ١٧/٩٧٨

□■□

(المبدأ ٣٢) : الدفع بمضى المدة المانعة من سماع الدعوى ـ غير متعلق بالنظام العام .

متى كان الطاعن لم يتمسك امام محكمة الموضوع بمضى المدة المانعة من سماع الدعوى ، وكان هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ، فانه لا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يغنى عن التمسك بهذا الدفع طلب الحكم برفض الدعوى لأن التمسك به يجب أن يكون بعبارة واضحة لا تحتمل الابهام .

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ١٨/١٩٩٩

□■□

دوطـة

(المبدأ ١) : الدوطـة ليست ركنـا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه .

ان الدوطـة ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه ، اذ الزواج يتم صحيحا بدونها ، واذا تعهدت الزوجة او أحد اهلها « بدوطة » للزوج فلا يترتب على الامتناع عن دفعها اليه فسخ الزوج بل يكون له فقط حق المطالبة بها على اساس أن التعهد بها يتولد عنه التزام مدنى . فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المسـاس بعقـد الزواج وما هو متعلق بالزوج ، ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية .

نقض ٥/١٣ (٢٧/٥/٤٣)

□■□

(المبدأ ٢) : الدوطة التى تدفع للزوج لاستعمالها فى شئون الزوجية مادامت قائمة انما هى عارية استعمال تكون واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه .

اذا كانت المحكمـة قد بنت حكمهـا برد مبلـغ « الدوطة » على أن « الدوطة » تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها فى شـئون الزوجيـة مادامت قائمة فاذا انقضت اصبحت واجبة الرد فان حكمها يكون سـليما قانونا ، اذ أن مبلغ الدوطة فى هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عارية واجبـة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه .

نقض ٥/١٣ (٢٧/٥/٤٣)

□■□

(المبدأ ٣) : ليست الدوطة التى تقدمها الزوجة المسيحية لزوجهـا عند الزواج ليستغلها لمصلحة الزوجية بشروط يتفق عليها من قبيل المهر ، ولكنها تعتبر كشركة مالية بين الطرفين خاضعة لاحكام خاصة ومن قبيل العقود المالية والتجارية التى لا تمس حقوق الزواج فتختص المحاكم الاهلية بالنظر فى النزاع المترتب عليها .

ان الدوطة عند المسيحيين تختلف عن المهر عند المسلمين فان المهـر

هو مقابل النكاح يدفعه الزوج للزوجة عند عقد الزواج ، فاذا ما قام نزاع بينهما بشأنه يتصل بموضوع الزواج كوجوب المهر وعدم وجوبه أو حول مقداره كانت محاكم الأحوال الشخصية هى المختصة بالفصل فى هذا النزاع أما المطالبة بالمهر الثابت فمن اختصاص المحاكم الأهلية وأما الدوطة عرفا عند المسيحيين فهى عبارة عن مبلغ من المال تقدمه الزوجة عند الزواج ليستغله لفائدة ومصلحة الزوجية بشروط يتفق عليها فهى تعتبر كشركة مالية بين الطرفين خاضعة لأحكام خاصة ومن قبيل العقود المدنية والتجارية التى لا تمس موضوع النزاع والتى يجوز للمحاكم الأهلية النظر فيها .

١٩١١ / ٥٤ ق (٢١ / ٤ / ٣٨) م ش ٩ / ٦٤٧

□■□

(المبدأ ١) : الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على ظاهرة اللسان .

الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيهـا على الاقرار بظاهر اللسـان والتى لا يجوز لقاضى الدعـوى أن يبحث فى جديتهـا ولا بواعثهـا ودواعيها .

نقض ٢٠/٢٦ ق (٦٩/٥/٧) س ٢٠/٢٥٣

□■□

(المبدأ ٢) : الاعتقاد الدينى مسالة نفسانية .

الاعتقــاد الدينى ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ مسالة نفســانية وهو من الأمور التى تبنى الأحكام فيهـا على الاقرار بظاهر اللســان والتى لا يسوغ لقاضى الدعوى التطرق الى بحث جديتها أو بواعثها ودوافعهـا ، فانه لا يجوز التعرض لحقيقة اسلامه وصحة ايمانه به .

نقض ٤٤/٤٠ ق (٧٥/١/٢٩) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٣) الاعتقاد الدينى مسالة نفسية محضة .

وحيث ان الاعتقـاد الدينى مسألة نفسية محضة لا يمكن لأية جهـة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فاذا ما غـير انسان دينه أو مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير الا لأحكام هـذا الدين الجديد أو المذهب الجديد ولا ينبغى أن ينظر القضاء أيا كانت جهتـه الا فى توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو هذا المذهب ، فاذا ما كانت متوافرة وجب عليه قصر بحثـه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقا لأحكام ذلك الدين أو المذهب الجديد .

٥/١٠٥ ق (٣٦/١٢/٣) م ش ٩/٢٦٤

□■□

(المبدأ ٤) : الاعتقـاد الدينى مسالة نفسية بحتة فمتى غير الانســان دينه او مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير الا لأحكام هذا الدين او المذهب الجديد ولا يمكن لأى سلطة قضائية البحث فيه الا من جهة توافر المظاهـر الخارجية الرسمية لاعتناقه هذا الدين او المذهب الجديد .

القاعدة القانونية فى تغيير الدين أو المذهب أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية محضة ، لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فاذا ما غير الانسان دينه أو مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير الا لأحكام هذا الدين الجديد او هذا المذهب الجديد . ولا ينبغى ان ينظر القضاء أيا كانت جهته الا فى توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناقه هذا الدين أو هذا المذهب ، فاذا ما كانت متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقا لأحكام ذلك الدين او المذهب الجديد وليس للمحكمة ان تبحث وراء الباعث على سلوكه هذا المسلك وهل عمل ذلك غشا وتدليسا لأن ذلك يتعلق بشعوره النفسى الذى فرغ من اظهاره رسميا باعتناقه مذهبا جديدا .

٣٧/٥٢١ س ك اسكندرية (٣٨/٩/٤) م ش ١٠/١٥٨

□■□

(المبدأ ٥) : بمجود اعتناق الشخص للاسلام يعطى احكامه ولا يقبل فيه الدفع بالصورية او الغش او التدليس .

الشريعة الاسلامية اعتبرت فى الاسلام واعتناقه انه بمجرد اعتناق الشخص له يعطى أحكامه بقطع النظر عن الباعث له ترى ذلك جليا واضحا فى قول الرسول صلى الله عليه وسلم للذى قتل شخصا اسلم حينما قال معتذرا للرسول أنه أسلم والسيف مصلت فوق راسه فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم غاضبا ومؤنبا تلك الكلمة الخالدة : « وهلا شققت عن قلبه هلا شققت عن قلبه » .

٣٧/٥٢١ س ك الاسكندرية (٣٨/٩/١) م ش ١٠ ١٥٨

□■□

(المبدأ ٦) : النطق بالشهادتين كاف لتحقيق الاسلام شرعا وترتب آثاره عليه متى ظهر عدم الاحتيال فى ذلك وليس من اللازم لترتب هذه الآثار ان يكون الاسلام باشهاد رسمى بعد اتخاذ الاجراءات الادارية المتبعة فى ذلك .

الاسلام يكفى فى تحققه شرعا وترتب آثاره عليه النطق بالشهادتين قال صلى الله عليه وسلم فى جواب من ساله عن الاسلام « الاسلام ان تشهد أن لا اله الا الله محمد رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم رمضان وتحج البيت أن استطعت اليه سبيلا » وقد أجمع العلماء على ان ما زاد عن الشهادتين من اقامة الصلاة وايتاء الزكاة الى آخر ما جاء بهذا الحديث،

انما هو لبيان الاسلام الأكمل وانه يكفى فى اجراء احكام الاسلام الشهادتين هذا هو الاسلام عند من شرعه دينا للناس فلا محل فيه للبحث والنقاش، اما الاجراءات المتبعة الآن فهى اصدار اشهاد بالاسلام فلا تقوى على أن يكون الغرض منها الا يكون الاسلام صحيحا بدونها لأن فى ذلك مصادمة للمشروع والمعقول . وانما الغرض منها مجاملة أهل الديانات الأخرى من ناحية وضبط الأمر لمعرفة مدى التغييرات من دين الى آخر ومنع الاحتيال باسم الاسلام لضياع حق الغير او الاضرار به من ناحية اخرى فاذا لم يكن ثمة احتيال فلا ضرورة للتمسك بتلك الاجراءات .

٣٢/١٦٧٢ ملوى (٣٣/١٠/٣١) ش ٨٣٦/٧

□■□

(المبدأ ٧) : ما يتحقق به الاسلام .

الاسلام يكفى فيه مجرد النطق بالشهادتين ، والاقرار به دون حاجة الى اعلانه أو اشهاره رسميا .

نقض ٤٠/٤٤ ق (٧٥/١/٢٩) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٨) : يكفى فى اسلام غير المسلم التلفظ بالشهادتين فقط .

المقرر شرعا انه يكفى لاسلام غير المسلم واعتباره فى عداد المسلمين ان يتلفظ بالشهادتين دون حاجة لاتخاذ أى اجراء آخر ، وهو ما ليس محل خلاف وهى من القواعد الأصولية فى الشريعة الاسلامية التى ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يستطيع القاضى الوطنى معها ان يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع اليه .

نقض ٤٨/١٠ ق س ٣٠ ص ٧٢٣

□■□

(المبدأ ٩) : التلفظ بالشهادتين اصبح علامة الاسلام وعنوانا له .

المفتى به والراجح من مذهب الحنفية ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ هو صحة الاسلام لمجرد النطق بالشهادتين دون أن يشترط التبرى من كل دين يخالفه لأن التلفظ بالشهادتين أصبح علامة الاسلام وعنوانا له .

نقض ٤٤/٨ ق (٧٦/١/٢١) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٠) : المنصوص عليه شرعا ان الولد يتبع خير الأبوين دينا ولا يحتاج بعد البلوغ الى تجديد اسلامه وعلى هذا فلا يرث من اسلمت امه وهو صغير لم يبلغ من اخيه غير المسلم بحكم تبعيته لأمه المسلمة .

المنصوص عليه شرعا ان الولد يتبع الأبوين دينا امتى كان صغيرا لم يبلغ ويبقى على اسلامه الى البلوغ ولا يحتاج بعد البلوغ الى تجديد اسلامه وان المرتد لا يرث احدا مطلقا وبذا لا يكون للمدعى حق طلب الميراث من اخيه غير المسلم .

١٢٩/٣٧ العليا (٨/١١/٣٨) م ش ١٠/١٢٠

□■□

(المبدأ ١١) : ادعاء الاسلام من اجل مصلحة ذاتية لا يكفى .

ادعاء الاسلام من اجل مصلحة ذاتية والتى تتوقف على الحكم فى الدعاوى لا يكفى بل لابد من دلالة حال على الاخلاص للاسلام .

٤٤٦/٣٧ س ك مصر (١٢/٩/٣٨) م ش ١١/١/٦٢

□■□

(المبدأ ١٢) : الدين وتعقله لا يقاس بالفرائز والطبائع .

الدين وتعقله لا يقاس بالفرائز والطبائع وانما يأتى بالتعليم وبالتلقين وفى وقت متاخر عن الأشياء المحسوسة مهد له الشارع ببلوغ الصغير السابعة فقياس الدين على المحسوسات قياس باطل .

٣٣٣/٣٩ ك اسكندرية (١٣/٥/٤٠) م ش ١١/٨/١٠٥

□■□

(المبدأ ١٣) : لا يفتى بكفر مسلم امكن حمل كلامه على محمل حسن او كان فى كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة .

جاء فى البحر ــ والأصل ان من اعتقد الحرام حلالا فان كان حراما لغيره كمال الغير لا يكفر ، وان كان لعينه فان كان دليله قطعيا والا فلا ــ وقيل التفصيل فى العالم اما الجاهل فلا يفرق بين الحرام لعينه ولغيره ، وانما الفرق فى حقه ان ما كان قطعيا كفر به والا فلا يكفر اذا قال الخمر ليس حرام ــ وفى جامع الفصولين روى الطحاوى عن اصحابنا الا يخرج الرجل من الايمان الا جحوده ما ادخله فيه ، ثم تيقن انه ردة يحكم بها وما يشك انه ردة لا يحكم بها اذ الاسلام الثابت لا يزول بالشك مع ان الاسلام

يعلو ، وينبغى للعالم اذا رفع اليه هذا الا يبادر بتكفير اهل الاسلام مع انه يقضى بصحة اسلام المكره .. وفى الفتاوى الصغرى الكفر شىء عظيم فلا اجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية انه لا يكفر ـ وفى الخلاصة اذا كان فى المسألة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه فعلى المفتى ان يميل الى الوجه الذى يمنع التكفير تحسينا للظن بالمسلم ـ وفى التتارخانية لا يكفر بالمحتمل لأن الكفر نهاية فى العقوبة فيستدعى نهايته فى الجناية ومع الاحتمال لا نهاية ـ والذى حرره صاحب البحر انه لا يفتى بكفر مسلم امكن حمل كلامه على محمل حسن او كان فى كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة ـ ثم قال فعلى هذا فأكثر الفاظ التكفير المذكورة لا يفتى بالتكفير فيها وقد ألزمت نفسى الا افتى بشىء منها .

٤٦/٣٤٩٧ س ك مصر (٤٨/٤/٤٧)   م ش ٣١٨/١٩

□■□

(المبدأ ١٤) : ولد المسلم من الذمية مسلم تبعا لأبيه .

ان انفقه يقضى بأن والد المسلم ذكرا كان أو انثى من الذمية مسلم تبعا لأبيه .

٣٣/٣٢٤٦ الجمالية (٣٤/١٠/١٤) ت س   م ش ١٨٧/٦

□■□

(المبدأ ١٥) : واجب على المسلمين ان يعدوا جميع ما يستطيعون من قوة للدفاع عن الوطن وارهاب اعدائه بل من اول واجب عليهم .

واجب على المسلمين أن يعدوا جميع ما يستطيعون من قوة للدفاع عن الوطن وارهاب أعدائه بل من أول واجب عليهم اذ سلامة الوطن قبل كل شىء وفوق كل شىء وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ، ولاشك أن القوة تختلف باختلاف الأزمان .

٣٤/١٣٢٨ ملوى (٣٥/٧/٢٤) ت س   م ش ٨٥٤/٧

□■□

(المبدأ ١٦) : الولد يتبع خير الأبوين دينا .

المتفق عليه فى الفقة الاسلامى أن الولد يتبع أحد أبويه فى الاسلام باعتباره خير الديانات حتى يصير مكلفا و لاتنقطع هذه التبعية ولا يتحقق التكليف الا بالعقل والبلوغ لأنه انظر له ، ولا يكفى سن لتمييز ، وكان الأصل فى البلوغ أن يظهر بأماراته المعهودة والا فبتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية .

نقض ٤٠/٤٤ ق (٧٥/١/٢٩)   س ٢٦

(المبدأ ١٧) : المسلم تبعا لاسلام احد ابويه ـ لا يلزم تجديد ايمانه بالبلوغ ـ علة ذلك .

مذهب الحنفية على أن المسلم تبعا لاسلام أحد ابويه لا يلزمه تجديد الايمان بعد بلوغه لوقوعه فرضا باعتباره البقاء على أصل الفطرة أو ما هو اقرب اليها .

نقض ٤٤/٤٠ ق (٢٩/١/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ١٨) : اذا اسلمت زوجة المسيحى وابى هو الاسلام بعد عرضه عليه من القاضى فرق بينهما بطلقة بائنة .

حيث ان المدعية اعتنقت الدين الاسلامى الحنيف ولا يزال زوجها المدعى عليه حتى الآن على دين النصرانية وبعرض الاسلام عليه واعلانه بذلك لم يحضر ولم يبد عذرا شرعيا مقبولا .

وحيث ان عدم حضوره للمحكمة بعد اعلانه يعد اباء عن اعتناق الدين الاسلامى الحنيف كما لو عرض عليه القاضى الاسلام وسكت .

وحيث ان الصحيح من مذهب ابى حنيفة رضى الله عنه أنه اذا اسلمت المراة وزوجها كافر عرض عليه القاضى الاسلام ، فان أسلم فهى امراته وان ابى الاسلام فرق القاضى بينهما وكان ذلك الطلاق بائنا ينقص به العدد . ويقول الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكسانى والملقب بملك العلماء بالجزء الثانى من كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ص ٣٣٦ (فصل) واما ما يرفع النكاح الخ .. ومنها اباء الزوج الاسلام بعد ما أسلمت زوجته فى دار الاسلام ومنها اباء الزوجة الاسلام بعدما أسلم زوجها المشرك أو المجوسى فى دار الاسلام وجملة الكلام فيه أن الزوجين الكافرين اذا أسلم احدهما فى دار الاسلام فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله لأن الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاءا ـ وان اسلمت المراة فلا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقيا على النكاح وان ابى الاسلام فرق القاضى بينهما ، لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا فى البقاء عليه . وان كانا مشركين أو مجوسين فأسلم احدهما اينما كان يعرض الاسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا . فان أسلم فهما على النكاح وان ابى الاسلام فرق القاضى بينهما لأن المشركة لا تصلح لنكاح المسلم غير أن الاباء وان كان فى المراة فرقة بغير طلاق لأن فرقة جاءت من قبلها وهو الاباء عن الاسلام والفرقة من قبل المراة لا تصلح طلاقا لأنها لا تلى الطلاق فيجعل فسخا . وان كان الاباء من

الزوج فيكون فرقة بطلاق فى قول ابى حنيفة ومحمد وعن ابى يوسف يكون فرقة بغير طلاق أ. هـ.

ويقول الشيخ عبد الغنى الميدانى من هـذا الخلاف والصحيح قولهما (أى قول ابو حنيفة ومحمد) أ. هـ.

ويقـول العـلامة ابن عابدين بالجـزء الثـانى مـن رد المحتـار ص ٣٩٦ عند قول الشارح والمصنف ١ والتفريق بينهما طلاق ينقص العدد لو ابى لا لو ابت) قال (قوله أسلم ثم تزوجها يملك عليها طلقتين فقط عندهما وقال ابو يوسف انه فسخ ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده قال فى النهاية لو أسلم الزوج لا يملك الرجعة قال فى البحر واشـار بالطلاق الى وجوب العدة عليها ان كان دخل بها .. الخ .

٣١/٢٨٢ مفاغة (٣٢/٦/٥) م ش ٦/ ١٤٩

□■□

(المبدا ١٩) : اذا اسلمت زوجة الذمى عـرض عليـه الاسلام فان اسلم فهى امراته وان ابى فرق القاضى بينهما بطلاق تبين به الزوجة .

المنصوص عليه شرعا ان الزوجة اذا اسلمت وكان زوجها كافرا عرض عليه الاسلام فان اسلم فهى امراته وان ابى فرق القاضى بينهما ، وكان ذلك طلاقا بائنا عند ابى خنيفة ومحمد ص ٥٠٦ من الجزء الثانى من فتح القدير و ص ٣١١ من الجزء الثـالث من البحر (باب نكاح الـكافر) و ص ٦٥ مـن الجزء الأول من تنقيح الحامدية ١ باب العدة) وذكر الكمال ابن الهمام ص ٥٠٧ من الجزء الثانى من الفتح (أن رجلا من تغلب أسلمت امـراته وهى نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب فقال له : اسلم والا فرقت بينكما ، فابى ففرق بينهما) وظهر حكمه بينهم ولم ينقل خلاف احد له .

٣١/١٠٢٠ ديروط (٣٢/٨/٢٣) م ش ١٥٥/٥

□■□

(المبدا ٢٠) : ولد الذمية من المسلم لا يعقل دينا الا اذا بلغ السابعـة من عمره ...

وحيث انه يلزم لصحـة الحكم معرفة السن الذى يعقل فيـه الولد الدين ويخشى عليه فيه أن يعتنق دينـا غير دين الاسلام وتكون الحـاضنة المسيحية غير أهل لحضانة الولد الذى أسلم ابوه ــ فقد نص الفقهاء على أن الصغير الذى يعقل الأديان هو ابن سبع فقد جاء فى الجزء الثانى من شرح الدر المختار ص ٦٩٤ ما نصه : « والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ما لم يعقل دينا ينبغى تقديره بسبع لصحة اسلامه حينئذ » ــ نهر .

٣٠/٤٦٠ء دمنهور (٣١/٧/١٥) م ش ٤/ ٩٥

□■□

(المبدا ٢١) : اختلاف الذين بين الرجل المسلم والمراة الكتابية لايمنع النكاح الصحيح بينهما ابتداء .

من المقرر فى قواعد الشريعة الاسلامية الغراء ان ما لا يمنع ابتـداء عقد النكاح لا يمنع بقاءه ، فكما أن اختلاف الدين بين الرجل المسلم والمراة الكتابية لا يمنـع من قيام النـكاح الصحيح بينهمـا ابتداء كمـا قدمنـا فان اسلام الزوج الطارىء مع بقاء الزوجة الكتابية على دينهـا لا يمنع من بقاء عقد النكاح الصحيح بينما ما لم يوجد مانع .

٢٨/٦٧٢ جرجا (٢٩/٦/١٥) م ش ٤٢٨/١

□■□

(المبدا ٢٢) : اذا اسلم المسيحى وزوجته كتابية بقى عقـد الزواج قائمـا .

اذا أسلم المسيحى وزوجته كتابية بقى عقـد الزواج قائما ولا يبطل باسـلامه وتقرير المجلس الملى التغريق بينهما لا يعتـد به والزواج الآخر المبنى عليه غير صحيح ولا يخرج الزوجة من عصمة زوجها الذى أسلم .

٢٨/١٠٥٤ الازبكية (٢٩/٦/٢٦) م ش ٧١٤/١

□■□

(المبـدا ٢٣) : اذا اسلمت السيحيـة المتزوجة بمسيحى وطلبت التفريق (بناء على ذلك) بينها وبينه أجاب القاضى طلبها ما دام الزوج قد ابى الاسلام بعد عرضه عليه .

وحيث أن المنصوص عليـه شرعا فى كتب المذهب المعول عليهـا اذا أسلمت زوجة الكافر عرض القاضى عليـه الاسلام فان أسلم فهى زوجتـه وان ابى فرق بينهما ويكون ذلك طلاقا بائنا وهذا اذا كان الزوج بالغا عاقلا أو صبيا مميزا أو معتوها واذا كان مجنونا فان القـاضى يحضر أباه ويعرض عليه الاسـلام فان أسلم فهى زوجتـه والا فرق بينهما وان كان أبوه قـد مات وله أم عوض عليها الاسلام فان أسلمت فهى كذلك والا فرق بينهما لأن الولد يتبع أبويه أو أحدهما فى الاسلام وان لم يكن له أم نصب القاضى وصيا عنه ولا يعرض عليه الاسلام وقضى على المجنون بالفرقة ــ وان صبيا غـير مميز انتظر بلوغه .

وحيث ان المنصوص عليه أيضا فيها اذا عرض القاضى الاسلام عليـه وصرح بالاباء عند عرضه عليه فالقاضى لا يعرض عليه الاسلام مرة اخـرى ويفرق بينهما وان سكت ولم يقل شيئا فانه يعرضه عليه مرة اخرى حتى يتم

الثلاث احتياطيا ولا يقع الطلاق بمجرد ابائه بل لا بد من تفريق القاضي بينهما وما لم يفرق فهي زوجته .

١٨٤/٣٠ بنى مزار (٣١/١/١٥) م ش ٩٥٧/٢

□■□

(المبدأ ٢٤) : الغرض من نزع الطفل (المسلم تبعا لاسلام ابيـه) من اليد المسيحية هو النظر الى مصلحته من حيث تنشئته نشـاة اسلامية ـ وتربيته على احكام الاسلام .

وحيث ان النظر فى هذا انما يرجع الى مصلحة الطفل والحرص على ان ينشأ عارفا بدينه الذى نسب اليه تبعا لاسلام ابيه فيجب النظر فى أن هل يتحقق هذا المقصود بحضانة المدعى لابنه وضمه اليه اما المدعى فقـد صرح انه لا يعرف شيئا من الاسلام الا انه اشهد على نفسه الاسلام أمام المحكمـة الشرعية ـ وهذا كافـى الحكم له بأحكام الاسـلام ولكنه لا يكفى بأن يضم اليه طفل لم يبلغ الثالثة ليربيه تربية اسلامية وخير له أن يبدأ بنفسـه .

٣٩/٧١٧ الأزبكية (٤٠/٥/١) م ش ٦٦/٥/١١

□■□

(المبدأ ٢٥) : الدين الاسلامى يمنع زواج المسلمة بغير المسلم ولا يصلح ان تبقى من اسلمت زوجة لغير المسلم ـ اذا اسلمت الزوجة عرض الاسلام على الزوج فان اسلم بقيت الزوجية بينهما والا فرق القاضى بينهمـا لأنه لا يحل لغير المسلم ان يفـرش المسـلمة ولا يصح شرعا ان تبقى من أسلمت فى عصمة زوجها الذى ابى الاسلام .

ان الدين الاسلامى وهو دين الدولة الرسمى بصريح القانون الأساسى للدولة يمنع من زواج المسلمة بغير المسلم ، فمن المقرر شرعا انه لا يصح أن تبقى من أسلمت زوجة لغير المسلم فانه اذا أسلمت الزوجـة عرض الاسلام على الزوج فان أسلم بقيت الزوجية بينهما والا فرق القاضى بينهما لأنه لا يحل لغير المسلم أن يفرش المسلمة فلا يصح شرعا أن تبقى من أسلمت فى عصـمة زوجها الذى أبى الاسلام .

٤٦/٢٧٢٥ الجمالية (٤٨/٢/١٨) ت س م ش ٢٠/٢٢٢

□■□

(المبدأ ٢٦) : من اسلم للتخلص من حقوق الزوجيــة ويعبر عن ذلك بانه خراب لبيته ولدينــه لا يكون افضل للطفل من حاضــنته المسيحية لأنه يستوى معها فى عدم افادة الطفل شيئا من تعاليم الاسلام .

من يسلم ويصرح أنه انما أسلم للتخلص من حقوق الزوجية ويعبر عن ذلك بانه خراب لبيته ولدينــه ، ويصرح امام المجلس الملى أن اسلامه امــر ثانوى وانه مستعد أن يعود الى النصرانية ان كان هناك وجه للصــلح وثبت عليه انه لا يعرف من الاسلام الا انه اشهد على نفسه بالاسلام لا يكون افضل من الحاضنة المسيحية لأنه يستوى معها فى عدم افادة الطفل شيئا من تعاليم الاسلام وان حكم بالاسلام بل هى تفضل عنه بأحقيتها للحضانة فى الأصــل وعدم تحققها معنى فى الأب يوجب نزعه من يدها .

٣٩/٨٢٧ الأزبكية (١/٥/٤٠) ت س م ش ١١/٥/٦٦

□■□

(المبدأ ٢٧) : حق الله يعبر عنه حديثا بالنظام العام .

حق الله هو المعبر عنه حديثا بالنظام العام .

٤٦/٢٧٢٥ الجمالية (٢٨/٢/٤٨) ت س م ش ٢٠/٢٢٢

□■□

(المبدأ ٢٨) : الولد يتبع خير الأبوين دينا .

المقرر شرعا أن الولد يتبع خير الأبوين دينا ، وهذا انظر للصغير « وفى التبيين وهــذا اذا لم تختلف الدار ، بان كانا فى دار الاسلام أو دار الحرب معا ــ أو كان الصغير فى دار الاسلام والمسلم الأب فى دار الحرب لأنه من أهل دار الاســلام » قالوا : وهذا الأصل اذا كان الاســلام اصلا ــ اما اذا كان عارضا فلا يتأتى ان تسلم الزوجة وتبقى تحت الذمى فهو صادق حينئذ بما اذا اسلم الأب فقط .

٤٨/٢٩٥ المطارين (٢٠/٤/٤٨) م ش ٢٠/٣٤١

□■□

(المبدأ ٢٩) : التعميد امر له اهميته فى الديانة المسيحية .

التعميــد امر له كبير اهميــة فى الديانة المسيحية من جهــة انه مظهر الايمان المسيحى وأن له آثارا تتعلق بحرمة الزواج لأن اتبينــه الطفل وهى التى تتقبله وقت تعميده تحرم عليــه هى وأصولها وفروعها ويحرم عليهــا اصوله وفروعه ثم تمتــد الحرمة الى ابعــد من ذلك بين أصولها وفروعهــا

(تراجع المسألة السابعة عشرة من موانع الزوجية فى الخلاصة القانونية للأب الأينوماتوس فيلوتاوس) ـ ولهذا كان التعميد موضع اهتمام البطاركة من جهة العناية بقيد المعمدين واسماء آبائهم وأمهاتهم وأتابينهم وتاريخ تعميدهم والتوصية بالمحافظة على سجلات القيد حتى تبقى مصونة من التلف ، وقد كانوا يصدرون الأوامر المشددة بذلك الى الجهات .

والتعميد الذى هذا شأنه والذى جعلت له سجلات خاصة تحت اشراف المجلس لا يجوز ان يقبل فى شأنه شهادة هى مجرد اخبار من أناس ليست لهم صفة قانونية فى اعطاء مثل هذه الشهادة .

١٤٥/٤١ العليا الشرعية (٤٣/٦/١٤) م ش ٤٣/١٥

□■□

(المبدأ ٣٠) : الدخول فى المسيحية لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب .

الدخول فى المسيحية هو عمل ارادى من جانب الجهة الدينية المختصة ، ومن ثم لا يتم ولا ينتج اثره بمجرد القول أو الطلب أو ابداء الرغبة ، ولكن بعد الدخول فيها واتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية بقبول الجهة الدينية الجديدة طلب الانضمام وقيده فى سجلاتها واعتبار طالب الدخول عضوا يتبعها ويمارس طقوسها .

نقض ٤٤/٤٠ ق (٧٥/١/٢٩) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٣١) : اذا تكرر انتحال الشخص للأديان والمذاهب لأغراض خاصة تعين معاملته بحسب دينه أو مذهبه الأول .

اذا تبين من تناقض أقوال شخص عن حقيقة مذهبه أو دينه ومتى تكرر انتحاله للأديان والمذاهب لأغراض خاصة يسعى للوصول اليها فعندئذ يصبح من المحتم عدم تصديقه فيما ادعاه من انتحال هذه الأديان والمذاهب وتعينت معاملته بحسب دينه أو مذهبه الأصلى .

٢٨٤٩/٤٠ س ك مصر (٤١/١٢/٢٠) م ش ٥٣/٢/١٣

□■□

(المبدأ ٣٢) : تغيير الطائفة او الملة ـ اتصاله بحرية العقيدة ـ اثره ـ تحققه بمجرد الدخول فيه واتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية . عدم توقفه على اخطار الطائفة القديمة .

تغيير الطائفة او الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ومن ثم فهو ينتج أثره بمجرد الدخول فيه واتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ولا يتوقف

على اخطار الطائفة القديمة . والقول بوجوب اخطار الطائفة الدينيـة التى تتبعها الطائفة أو الملة القديمة لا مفهوم له الا أن يكون لهذه الجهة الحق فى أن توافق أو أن تعترض على حصول هذا التغيير وهو وضع شـائك واذا كان ذلك ـ وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أنه « لا يكفى لتغيير الطائفـة او الملة الجديدة واذا كان الثـابت أن الطاعنة انضمت الى طائفـة فوق ذلك أن يخطر الطائفة أو الملة القديمة بانتمائه للطائفة أو الملة الجديدة فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

٣٥/٣ ق (٦٦/٣/٢٣) س ٦٨٥/١٧

□■□

(المبدأ ٣٣) : تغيير الطائفة او الملة عمل ارادى ـ أثره ـ شرطه .

تغيير الطائفة أو الملة هو عمل ارادى من جانب الجهة الدينية المختصة ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وابداء الرغبةولكن بعد الدخول فيه واتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام الى الطائفـة أو الملة الجديدة واذا كان الثـابت ان الطاعنة انضمت الى طائفـة السريان الأرثوذكس بعد أن كانت من طائفة الأقبـاط الأرثوذكس ولم يعول الحكم المطعون فيه على هذا التغيير لحصوله أثناء نظر الدعوى فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

٢٩/٢٤ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٩٢/١٧

□■□

(المبدأ ٣٤) : تغيير الطائفة او الملة لا ينتج أثره بمجرد الطلب .

انه وان كان تغيير الطائفة أو الملة ـ على ما جرى به قضـاء النقض ـ امرا يتصل بحرية العقيـدة الا أنه عمل ارادى من جانب الجهـة الدينيـة المختصة ومن ثم فهو لا ينتج أثره بمجرد الطلب وابداء الرغبة ، ولكن بعـد الدخول فيـه واتمام طقوسـه ومظاهره الخارجية الرسـمية وقبول طلب الانضمام الى الطائفة أو الملة الجديدة .

نقض ١٤/٤٤ ق (٧٦/٢/١١) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٣٥) : للشخص ان يغير دينه او مذهبه او طائفته ولا يمكن لأى جهة قضائية البحث فى ذلك الا عن طريق المظاهر الخارجية .

للشخص أن يغير دينه أو مذهبه أو طائفته وهو فى هذا ـ وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض ـ مطلق الارادة تحقيقا لمبدأ حرية العقيدة طالما قد

توافرت له أهلية الأداء . والاعتقاد الدينى مسالة نفسانية فلا يمكن لأى جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخــارجية الرسمية فقط ، ومن وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعا الا لأحكام الدين أو المذهب الجديد .

١٩/٣٦ ق (٦٩/١/٢٩) س ٢٠/ ١٨٧

□■□

(المبدا ٣٦) : تغيير الديانة او الملة ــ العبرة فيه بتاريخ الانضمام الى الكنيسة الجديدة .

متى كان الحكم المطعون فيـــه لم يعول على تاريخ انضمام الطاعنة الى الكنيسة الكاثوليكية من قبل رفع الدعوى بل عول على تاريخ تحرير الشهادة المثبتة لهذا الانضمام والتصديق عليها ورتب على ذلك قضاءه برفض الدفع بعدم سماع الدعوى وباثبات الطلاق فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقــه .

نقض ٢٢/٣٦ ق (٦٨/٥/١) س ١٩/ ٨٩٥

□■□

ه

رؤية
رجعة
ردة
رسوم
رضاع
رهينـــة

رؤيــــة (١)

(المبدأ ١) : لكل من والدى الصغير رؤيته .

ان رؤية الصــغير حق ثابت لــكل من والديه شرعا ، فان فى حرمان احدهمــا من ذلك ضررا وأى ضرر وهــو منهى عنــه بعموم الآية الكريمــة (لا تضــار والدة بولدها ولا مولود له بولده) ولا يجبر من فى يده الصغير بحق على نقله الى الآخر ليراه . وفقط لا يمنعه من ذلك ، فقد جاء فى جامع احكام الصغار (اذا شاءت أن تراه لا تمنع من ذلك) . ومن حيث ان الفقهاء قد نظموا هــذا الحق ولم يطلقوه خلافا لمن ذهب الى انهم لم يبينوا ذلك ـ وان عمل المحاكم قد جرى على تحديد موعد الرؤية كل اسبوع قيــاسا على ما نص عليه الفقهاء من ان لوالدى الزوجة زيارتها كل جمعة وليس للزوج منعها من ذلك ، ولنا عند هذا النص انه لا يجوز القياس فى موضع النص ، فقد نقل شارح الدر فى باب الحضانة عن الحــاوى ما يأتى : « له اخراجه الى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها » اى لكل من الوالدين اخراجه ليراه الآخر كل يوم ، وقــد علق ابن عابدين على هــذا بأنه ارفق بالأم ـ نعم فان قلبها ضعيف خفاق قال عليه الصلاة والسلام « توله والدة على ولدها » .

٦٠١/٣٧ اسنا (٣٨/٥/٤)   م ش ٩/٦٤٣

□■□

(المبدأ ٢) : المنصوص عليه شرعا ان للأم ان تنتقل بالصغير الى بلد آخر غير بلد الحضــانة اذا كان بين البلدين تقــارب بحيث يتمكن الأب من رؤية ابنه والرجوع فى نهاره سواء كان وطنها او لا ، عقد عليها فيه او لا .

المنصوص عليه شرعا أن للأم أن تنتقل بالصغير من بلد الى آخر غير بلد الحضانة اذا كان بين البلدين تقارب بحيث يتمكن الأب من رؤية ابنــه والرجوع فى نهاره سواء أكان وطنها او لا ، عقد عليها فيه أو لا ، لأن العلة فى جواز الانتقال وعدمه هو امكان مطالعــة ابنه والمبيت فى أهله او عــدم امكانه ذلك ـ المعتبر فى القرب والبعد هو ما تعارفه اهل كل زمن ، فلا يجوز ان يعتبر قطع المسافة فى هذه الأيام بالسير على الأقدام او ركوب الدواب .

٣٣١/٣٩ ك مصر (٤٠/٩/١٥)   م ش ٨٦/٢/١٢

□■□

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ١٩٢٩/٢٥ معدلا بالقانون ١٠٠/١٩٨٥ .

(المبدا ٣) : التمكين من رؤية الصغير خاص بوالديه فلا يشمل غيرهما من العصبات .

المنصوص عليه فى كتب المذهب متونا وشروحا تقيد المسألة بالمطلقة والأب ، ولم نر من اجراها فى غيرهما ، فوجب الاقتصار على موضع النص وهو واضح بين الأب والأم ، عند سقوط حقها فى الحضانة او انتهاء مدتها رفقا بها ، و لا يشمل غيرهما من سائر العصبات أو الحاضنات كالجد والجدة لأن حق الرؤية من جانب الأم مترتب على وصف كونها أما — وعلى الرفق بها ولم يرتبوه على وصف الحضانة او العصبة ، على أن الجدة لم تكن (هنا لتجاوز الصغير سن الحضانة الشرعى) صاحبة حق فى الحضانة، وقد فرعوا على ذلك ان الجد ليس له أن يمنع أم ابن ابنه اليتيم الذى فى حضانتها من السفر من بلدها الذى تزوجت فيه الى بلد أخرى ، وأن الجدة لا تقدر على نقل المحضون الى بلدة اخرى الا باذن الجد لعدم العقد عليها وقد اجازوا ذلك للأم اذا كان ما انتقلت اليه وطنها وقد أجرى العقد عليها فيه كما نص على ذلك فى الدر المختار ورد المحتار ص ٦٥٩ ، ٦٦٠ من الجزء الثانى . فقد بان من هذا انه ليس كل حق يثبت للأم والأب يثبت لغيرهما من الحاضنات أو العصبات فلا اعتبار للقياس الذى أشارت اليه المدعية (الجدة تقاس على الأم فى حق الرؤية) .

١٥٧٦/٣٣ الجمالية (٢/٥/٣٤)   ن ش ٧٨٠/٦

□■□

(المبدا ٤) : يجاب طلب الأب تمكينه من رؤية ولده الصغير عند حاضنته كلما شاء .

ان المنصوص عليه شرعا انه لا يجوز للزوج أن يمنع والد زوجته من رؤيتها وكلاهما فى اى وقت أراد لأن فى ذلك قطيعة للرحم ولا ضرر عليه فى ذلك . كما نص على ذلك فى الهندية فى الجزء الأول عند الكلام على مسكن الزوجة . وفى البداية عند الكلام على المسكن ايضا . ومن حيث انه يؤخذ من ذلك انه يحق للأب شرعا أن يرى طفله الصغير فى اى وقت شاء ولا يصح للحاضنة منعه من ذلك ، لأن الطفل فى حاجة شديدة الى رعاية والده ومن الظلم أن يحرم الوالد من رؤية ولده مع ما هو مفطور عليه من الشفقة والحنو عليه الا أن حق الوالد فى ذلك لا يصح أن يؤخذ ذريعة للاخلال بحق الحاضنة ولا لانتقاص هذا الحق ، وبناء على ذلك يكون له الحق فى رؤيته وكلامه تحت اشراف الحاضنة . ومن حيث أن النص لم يحدد للرؤية وقتا مخصوصا فلا وجه لجعل الرؤية فى وقت مخصوص لأن القاضى مقيد بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة . وقد وضعت القوانين الكفيلة بمنع

التعدى على حق الحاضنات بخطف الأطفال فى زمن الحضانة وجعلت لذلك عقوبة رادعة .

٤١/٢٩ القصير (٣٢/٥/٣١) م ش ن٥/٩٠٨

□■□

(المبدا ٥) : هل للأب حق رؤية الصغير فى مكان الحضانة كل اسبوع مرة كالأم أو ليس له هذا الحق الا كل شهر او سنة مرة كغير الأم ؟

لم يحدد الفقهاء المدة بأسبوع الا للأم فقط ـ ولم يعثر لهم على تحديدها بأسبوع لغيرها ـ وتمثيلهم بالأم دائما فى المدة بأسبوع قرينة على أن غيرها ممن له حق الرؤية ليس له حق فى الرؤية أسبوعا . وعلى هذا فلا يسوى الأب بالأم فى تحديد زمن الرؤية بأسبوع لوفور شفقتها وحاجة الصغير اليها ولما كان الولد جزؤه فهو لذلك كثير العطف عليه والشفقة به ويحدوه الشوق الى مطالعته والوقوف على حاله وتعرف ما به من صحة ومرض وما يحتاج اليه من طعام وكسوة فيقوم له بما يصلحه ويقدم اليه ما يسعده ـ وانتهى الحكم الى تمكين المدعى من الرؤية كل شهر مرة .

٤٠/٨٩ قنا (٤٠/١٢/١٢) م ش ١٢/٤/١١١

□■□

(المبدا ٦) : لكل من الوالدين حق رؤية الصغير شرعا ـ للأم كل اسبوع مرة وللأب كل شهر مرة .

لكل من الوالدين حق رؤية ولده كما نص على ذلك شرعا للأم حق رؤية ولدها الذى ليس فى يدها كل أسبوع مرة ولغيرها كل شهر أو سنة مرة على الخلاف بين الفقهاء فى ذلك .

٤٠/٨٩ قنا (٤٠/١٢/١٢) م ش ١٢/٤/١١١

□■□

(المبدا ٧) : للأب حق رؤية اولاده الصغار وعلى حاضنتهم تمكينه من ذلك يجب تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذ ذريعة للاضرار بالحاضنة اذا لم يوجد فى موضوع الدعوى نص فعلى القاضى ان يطبق القواعد العامة فى الشريعة وان يقيس الأمور باشباهها .

للأب شرعا حق رؤية بنيه وعلى حاضنتهم أن تمكنه من ذلك . وحيث ان دعوى المدعى قد ثبتت بالدليل الشرعى وقد تبين منها أن المدعى عليها

تمنع مطلقها المدعى عليه من رؤية بنته المذكورة فقطعت بذلك صلة الأرحام، ما أمر الله به أن يوصل لتنال من المدعى بعد ما اساء اليهـا بالطلاق وهى لا تقر على ذلك شرعا . ولكن يجب من ناحية اخرى تنظيم هذا الحق حتى لا يتخذه المدعى ذريعة لاقلاق راحة الحاضنة أو الاضرار بها واذا كنـا لم نعثر فى الفقة على طـريق تنظيم هـذا الحق فيجب فى هذه الحـالة تطبيق قواعد الشريعة العامة وقياس الأمور باشباهها ، ولذلك نرى دفعا للضرر الا يستوفى هذا الحق ليلا لأنه وقت نوم وسكون ، ونرى قياسا على مـا ذكره الفقهاء فى خروج الزوجة لرؤية ابويها ان يمكن المدعى من رؤية بنته كل اسبوع مرة فتلك رؤية فرع للأصل وموضوع هذه الرؤية اصل لفرعه والعلاقة فى المسالتين واحدة هى علاقة الأصل بالفرع .

١٣٤٤/٣٠ المحلة (٣١/٨/١٨) م ش ٢٧٩/٣

□■□

(المبدا ٨) : لا تجاب الجدة لأم بعد انتهاء سن حضـانتها للصـغير لطلبها من الأب احضار الصغير اليها كل اسبوع مرة لتراه .

فى الحضانة من الدر ورد المحتار ان الولد متى كان عند احد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر اليه وعن تعهده وانه اذا سقطت حضانة الأم واخذه الأب لا يجبر على أن يرسله لهـا بل هى اذا أرادت أن تراه لا تمنع من ذلك وهـذا كما ترى خاص بالأم . وقد بحثنـا كثيرا فلم نعثر على ما يثبت مثل هذا الحق لغير الأم ممن سقطت حضانتهم بالنسبة للصغير وربما كان هذا النص مفيدا لعدم ثبوت هذا الحق لغير الأم فان الاقتصار عليهـا فى مقام البيـان قرينة قوية على أن هذا الحكم خاص بها . ومع هـذا فان الثـابت للأم هو انتقالها هى لرؤيته لا نقل الصغير اليها لتراه على اننا لو حاولنـا اثبات هـذا الحق لغير الأم اخذا مما قاله الفقهـاء فى مسالة خروج الزوجة لزيارة الأبوين والمحـارم وعدم منعهم من الدخول عليهـا فالمختـار أن غـير الأبوين من المحارم لا يمنعون من الدخول عليهـا كل سنة مرة ويقابل المختار القول بكل شهرة مرة .

ومن حيث انه تبين مما تقدم انه لا حق للمدعية شرعا وهى جـدة لأم فيما تطلبه فى تكليف الأب باحضار الصغير اليها كل اسبوع مرة لتراه ويتعين رفض الدعوى .

٢٥٦٨/٢٨ الأزبكية (٢٩/١٠/١٥) م ش ٥٢١/١

□■□

(المبدأ ٩) : رؤية الصغير بعد انتهاء مدة الحضانة لدى من له حق ضمه .

ليس فى كتب الفقه نص صريح على تحديد المدة التى يجوز للأم الحاضنة أن ترى فيها الصغير الذى انتهت مدة حضانته وتسلمه من له حق ضمه كما أنه لا نص فيهما على أن لغير الأم من الحاضنات حق رؤية الصغير ولا تحديد المدة التى يجوز فيها لذلك الغير أن يراه فيها اذا كان لهحق الرؤية الا ما جاء فى ذلك كله فى الفتاوى المهدية من تحديد المدة للأم باسبوع ومن ثبوت هذا الحق لغيرها وتحديده بكل شهر مرة .

حيث ان مشقة البحث هنا فى امرين :

(الأول) : هل لغير الأم من أقارب الصغير الحق فى رؤيته شرعا كما للأم هذا الحق ؟ فليس فى كتب الفقه نص صريح فيه الا ما جاء فى كتاب الفتاوى المهدية من باب الحضانة ونصه « وسئل فى رجل اخذ بنته من حاضنتها بعد بلوغ سن الحضانة ووضعها عند أخيها من ابيها فارادت ام البنت ان تنظرها هى وخالة البنت التى كانت حاضنة لها من قبل بلوغ سن الحضانة لسبب تزوج ام البنت فى كل جمعة مرة او فى كل شهر مرة ، فهل تجابان الىذلكوليس لأخ البنت المذكور منعهما من ذلك ؟ » اجاب « لا تمنع الأم والخالة من رؤية البنت المذكورة ، وليس للأخ منعهما من ذلك بدون وجه شرعى » .

والظاهر أن صاحب الفتوى رحمه الله أخذ مما نص عليه الفقهاء ان الزوج لا يمنع والدى زوجته من زيارتها فى كل اسبوع ولا غيرهما من المحارم فى كل سنة مرة ، فرأى أن اقارب الصغير حكمهم كحكم أم الزوجة فى انها لا تمنع من رؤيته اذ أن علة عدم المنع فى والدى الزوجة واقاربها متحققة برمتها فى والدة الصغير واقاربه وهى صلة الأرحام بل ان الصغير أولى بهذه الصلة من الزوجة الكبيرة .

(الثانى) : اذا كان لغير الأم هذا الحق فهل يقدر بالمدة التى جرى عليها العمل فى المحاكم بالنسبة للأم وهو مرة فى الأسبوع ، وبيان ذلك ان الفقهاء لما جعلوا لوالدى الزوجة حق الرؤية مرة فى كل أسبوع كما درجت عليه المحاكم . أما اقارب الصغير فكان الظاهر ان يحدد لهم مرة كل سنة قياسا على أقارب الزوجة غير أنه لما كان هناك قول مشهور فى المذهب وهو تحديد الرؤية لهم بمرة فى كل شهر وكان الحنان والشفقة الى الصغير وحاجته الى التعهد من وقت لآخر اظهر فى ذلك من الحالة بالنسبة للزوجة فان المرحوم الشيخ المهدى مال الى الأخذ بهذا القول المشهور هنا حيث اجاب بعدم المنع مرة فى كل اسبوع أو مرة فى كل شهر بالنسبة للأم والخالة على ترتيب اللف والنشر ، والحق أن القول المفتى به يكاد يجعل الصلة

مقطوعة لأن الزيارة فى السنة او الرؤية مرة فى السنة لا تحقق معنى صلة الرحم والمودة والقربى بحال .

٣٠/٣٣٥ ك اسكندرية (٣١/٦/٢١) م ش ٢/٧٠

□■□

(المبدا ١٠) : لامانع من انتقال الحاضنة بالصغير الى مقر غير مقرها ما دام والده يمكنه ان يراه ويعود به فى نفس اليوم .

نص الفقهاء على أن الحاضنة ان انتقلت بالصغير الى مقر ليس وطنا لها ولا عقد عليها فيه فان كان بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يرى الصغير ويعود فى نفس اليوم كان لها ذلك الانتقال وهذا صريح فى أن مكان الحضانة هو المكان الذى تقيم فيه الحاضنة .

٤٠/٨٩ قنا (٤٠/١٢/١٢) م ش ١٢/٤/١١١

□■□

(المبدا ١١) : اذا سقطت حضانة الأم لأولادها واستلمهم والدهم لا يجبر على ان يرسلهم اليهـا بل هى اذا ارادت ان تراهم فحيث يكونون مع والدهم ولا تمنع من ذلك .

من حيث ان حق الرؤية ككل حقوق الوالدين فى المولودين يلزم البحث فيه على هدى قوله تعـالى : « لا تضـار والدة بولدها ولا مولود له بولده » فيلزم ان لا يصادم حقا للصغير لأن فى كل مسـائل الصـغير يجب مراعاة مصلحته هو قبل مراعاة مصلحة والديه ولذا يجبر الأب على ضم الصغير بعد تجاوزه السن ولو لم يطلبه مراعاة مصلحة الصغير لأن التربية حقه ، وكذا يجب الا يصـادم حقا مكتسـبا للأب ، ومن حيث ان للأب حق نقل الصغير والسفر به متى تجاوز سن الحضانة وقبلها اذا سقطت حضـانته كتزوجهـا او غـيره ص ٦٢ ، ٦٣ من تنقيح الحامـدية الجـزء الأول وفى السراجية : سئل اذا اخذ المطلق ولده من حاضـنته لزواجهـا هل له ان يسافر به فاجاب بان له ان يسافر به الى أن يعـود حق امه أ. هـ. ــ وفى هامش الأنقروية معزوا الى المولى يحيى بن زكريا انه اذا سقطت الحضانة بالتزوج بالأجنبى أو بالاسـتغناء فللعم ان يسـافر به أ. هـ. قال فى المنح وينبغى أن يكون محله ما اذا لم يكن ثمة غيرها يستحق الحضانة أما اذا كان هناك من يستحق الحضانة فينبغى ان لا يملك الأب السفر بل ينتقل الحق الى الحاضنة أ. هـ. وهذا لئلا يبطل حق الحاضنة فى حضانته وفى الحاوى القدسى له اخراجه الى مكان يمكنها ان تبصر ولدها كل يوم وقال ابن عابدين ان هذا ارفق ص ٨٥٥ ج ٢ .

ومن حيث ان كل الذى على الوالد فى مثل هذه الحالة أن يدع أمه لتراه حيث يكون هو والولد لا حيث تكون ولا يجبر على احضاره اليها لتراه وفى السراجية اذا سقطت حضانة الأم واخذه الأب لا يجبر على أن يرسله لها بل هى اذا ارادت ان تراه لا تمنع من ذلك أ. هـ. وفى التترخانية : الولد متى كان عند احد الأبوين لا يمنع الآخر عن النظر اليه وعن تعهده أ. هـ.

ومن حيث انها اعترفت بأن الذى تطلبه هو احضار الأب الولد اليها لتراه لأن زوجها يمنعها من الخروج وتبين أن لا حق لها فى ذلك .

٢٨/١٠٢٥ شبرا خيت (٢٩/٩/٢) م ش ١/٧١٥

□■□

(المبدأ ١٢) : انتقال الأم بالصغير الى غير بلد الأب .

ان المطلقة بائنا التى انقضت عدتها لا حق لها فى الانتقال بالصغير من بلد الأب الى آخر بعيدا عنه الا اذا كان ما انتقلت اليه وطنها وقد عقد عليها فيه . ومن حيث ان الفقهاء قد بينوا المحل البعيد بأنه هو الذى يخرج اليه الرجل ولا يعود الى وطنه قبل الليل ، ولم يبينوا طريق الانتقال واطلقوا فلم يشترطوا نوع سير معين ولا وسيلة انتقال خاصة . فيجب أن يعمل بالنص على اطلاقه وأن ينظر الى مكان العودة قبل الليل فى ذاته بقطع النظر عن نوع السير وانما ينظر الى المعتاد حسب الزمن .

٣٠/٤٦٠ دمنهور (٣١/٧/١٥) ت س م ش ٤/٦٠

□■□

رجعة (١)

(المبدأ ١) : الرجعة هى استدامة ملك النـكاح القائم ، وان الزوج يملكها من غير عوض .

النص الفقهى يقضى بأن الرجعة هى استدامة ملك النكاح القائم وأن الزوج يملكها من غير عوض ، فاذا كان ثمة عوض وصرح بأن العقد رجعة كان هذا العوض زيادة فى المهر السـابق (نص على ذلك فى الجـزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار ص ٥٤٣) .

٣٧٠/١٩٣٠ شبين القناطر (٣١/٣/٣٠) م ش ٣/٦٦٣

□■□

(المبدأ ٢) : الرجعـة تصح بالقول وبالفعل وبالدلالة فى أثناء العـدة فاذا راجع زوجته من طلاق رجعى فى عدة الطلاق بطلت العدة ولا يفـرض لها القاضى فى هذه الحالة نفقة عدة .

حيث يظهر جليا أن المدعى عليه قد راجع زوجته المدعية فى عدتهـا امتثالا لقوله تعالى « الطلاق مرتان فامسـاك بمعروف أو تسريح باحسان » « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » ، فتبطل العدة وتفرض نفقة زوجية فقط فى هذه الحال . ودليل تلك الرجعة (١) . أن الرجعـة تصح بالقول وقـد صـادق وكيل المدعى عليه على زوجيـة موكله بالمدعيـة

---

(١) الرجعـة استدامة للنـكاح والاشـهاد ليس بشرط فى اسـتدامة النكاح وبيانه أن الله تعالى سمى الرجعـة امساكا ، وهو منع للمزيل من أن يعمل عمله بعد انقضاء المدة فلا يكون الاشهاد عليه شرطا . وليس فى الرجعة عوض لا قليل ولا كثير لأنه اسـتدامة للملك فلا يستدعى عوضا ــ ولهـذا لا يعتبر فيه رضـاها ولا رضى المولى لأن الله تعالى جعل الزوج أحق بذلك بقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » وانما يكون أحق اذا استبد به والبعل هو الزوج وفى تسميته بعلا بعد الطلاق دليل بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هى المجامعة ففيه اشارة الى أن وطأها حلال له وهو قول العلماء « ان الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء » .

وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذا الاضافة الى وقت لأنه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وانما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة (راجع المبسوط جـزء ٦ باب الرجعـة) .

والتصادق على الزوجية اقرار بها وهو قائم مقام « انت زوجتى أو منكوحتى أو تزوجتك او نكحتك » وقد نص الفقهاء على ان لفظ النكاح يستعار للرجعة ولا تستعار هى له ، وعلى أن لفظى النكاح والتزويج من الفاظ الرجعة الصريحة التى تصح بها بدون نية (ص ٥٤٣ ، ٥٤٤ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين ، ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ من الجزء الأول من مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ورد المنتقى شرح الملتقى) . (٢) أن الرجعة تصح بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة من احد الطرفين ولو اختلاسا . (٣) ان الفقهاء قد نصوا على أن المطلقة رجعيا اذا سافر بها مطلقها فى العدة ولم يصرح برجعتها كان السفر دلالة الرجعة ، كما أشير الى ذلك فى فتح القدير وغيره ونص عليه ص ٥٥٠ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين .

٣٦/٤٤٢ فوه (٣٨/٢/٦) م ش ٧٤٢/٩

□■□

(المبدأ ٣) : الرجعة عند الأحناف ـ شرطها .

الرجعة عند الأحناف هى استدامة ملك النكاح بعد أن كان الطلاق قد حدده بانتهاء العدة ، فهى ليست انشاء لعقد زواج بل امتداد للزوجية القائمة ، وتكون بالقول او بالفعل ، ولا يشترط لصحتها الاشهاد عليها ولا رضا الزوجة ولا علمها ، مما يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمته الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة لدعوى الزوجية ، وذلك تحقيقا لأغراض اجتماعية استهدفها المشرع من وضع هذا الشرط بالنسبة لعقد الزواج وهو ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للائحة الشرعية .

نقض ٣٨/١٨ ق (٧٢/٥/٢١) س ١٠٥٣/٢٣

□■□

(المبدأ ٤) : جواز العوض فى الرجعة مقيد بالتصريح بان العقد رجعة .

ان جواز العوض فى الرجعة مقيد بالتصريح بأن العقد رجعة وبعدم اشتراط هذا العوض حتى اذا تبرع به الزوج كان زيادة فى المهر السابق .

٢٠٠/٢٧٠ شبين القناطر (٣١/٣/٣٠) م ش ٦٦٣/٣

□■□

(المبدا ٥) تتم الرجعة عندنا بغير اشهاد بالقول او بالفعل فى عدة الطلاق الرجعى ولو لم ترض المطلقة .

الرجعة استدامة ملك النكاح القائم ، ولا تكون الا فى العدة من طلاق رجعى . فله مراجعتها مادامت فى العدة من طلاق رجعى رضيت أو لم ترض وتكون بالقول وبالفعل عندنا . خلافا للشافعى الذى لا تصح عنده الرجعة الا بالقول الصريح ، أما انها تصح عندنا ولو لم ترض فلقوله تعالى (فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) ، من غير فصل وكما تكون بالفعل المعروف تكون بما يدل عليه وما فى معناه كاللمس والتقبيل بشهوة وما الى ذلك ، ولا يجب الاشهادة عليها عندنا بل يستحب خوفا من الجحود والتناكر .

٢٨/٤٩٢ بنوب (٣٩/٦/١٩) م ش ١١٨/٨/١١

□■□

(المبدا ٦) : المطلق رجعيا اذا اقر فى مدة لا تحتمل انقضاء العدة بانه راجع مطلقته صدق ويقوم اقراره مقام انشاء الرجعة ويعتبر به مراجعا .

وحيث ان المدعى ادعى رجعتها بورقة الدعوى التى ادعى بها أمام المحكمة (تاريخ دفع الرسم) فيستند فى اقراره الرجعة الى هذا التاريخ، من حيث ان اقراره بالرجعة فى هذا الوقت مقبول لعدم مضى مدة تحتمل انقضاء العدة فتعتبر شرعا فى العدة وهو يملك الاقرار بها ويقوم هذا الاقرار مقام الانشاء حكما ويعتبر به مراجعا (راجع باب الرجعة من الدر عند قول التنوير كما قال فيها كنت راجعتك أمس ، وباب العدة عند قوله قالت مضت عدتى والمدة تحتمله وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها والا لا) .

٣١/١٥٢ الصف (٣٢/٣/٧) م ش ٢٦/٤

□■□

(المبدا ٧) : الزوج لا رجعة له بعد انقضاء العدة .

ان ادعاء الرجعة بعد انقضاء العدة قول غير مقبول شرعا لأن الزوج لا رجعة له على زوجته بعد انقضاء عدتها الا بعقد ومهر جديدين .

٢٩/٥٦ دمياط (٢٨/١٢/٩) م ش ٤٣٤/١

□■□

(المبدا ٨) : الرجعة تحصل بكل فعل يقتضى النكاح .

تقرر أن الرجعة تحصل بكل فعل يقتضى النكاح ، كما تقرر أن النكاح يثبت بالتصادق وكما تقرر أن الرجعة تحصل بالتزوج على قول محمد المفتى به ووجود دليل الرجعة كاف لحصولها كالولادة لممتدة الرجعى لأكثر

من سنتين ، بشرط وكولادتها ايضا فيما اذا قال لها ان ولدت فانت طالق فولدت ثم جاءت بولد آخر بعد ستة اشهر من وقت الولادة الأولى صارت مراجعة (راجع ثبوت النسب من الدر وابن عابدين ومن الهندية آخر الباب السادس من الرجعة) .

٢٩/٣٧٦ منوف (٣٠/٤/٨) م ش ٤٦٥/٢

□■□

(المبدا ٩) : تصح الرجعة بدون شهود .

الرجعة تصح بدون حضور شهود وتصح بالفعل اى بالمعاشرة بدون حاجة الى القول وقد يتساهل الناس فى اثبات الرجعة فى وثيقة رسمية .

٤٥/١٠٥٨ اسيوط (٤٧/٢/٨) ت س م ش ٤٠٧/٢١

□■□

(المبدا ١٠) : لا يحتاج فى اثبات الرجعة الى شهود .

الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل وليس بلازم الاشهاد عليها ، كما انه ليس بلازم اثباتها بالطريق الرسمى اذ لا يوجد نص فى الفقة او القانون يوجب ذلك .

٥٣/٢١١٢ ميت غمر (٥٤/٦/٢٨) ت س م ش ٨٩/٢٥

□■□

(المبدا ١١) : معاشرة المطلق للمطلقة فى عدة الطلاق الرجعى كاف فى اثبات الرجعة .

معاشرة المدعى عليه للمدعية بعد الطلاق الرجعى وفى عدته كاف فى اثبات الرجعة .

٥٣/٢١١٣ ميت غمر (٥٤/٦/٢٨) ت س م ش ٨٩/٢٥

□■□

(المبدا ١٢) : لا يحتاج اثبات الرجعة الى تقديم المسوغ المنصوص عليه فى الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ ، وانما يكفى فى اثباتها شهادة الشهود .

حصول الرجعة فى العدة قد ثبت بشهادة شاهدين شهدا بأن المدعى عليه قد عاشر المدعية بعد الطلاق بشهر فى منزلها واستمر يعاشرها الى أن

دب الخلاف بينهما وذلك كاف فى اثباتها اذ ليست الرجعة دعوى زوجية ولا انشاء نكاح جديد حتى يحتاج الى المسوغ المنصوص عليه فى المادة ٤/٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ وانما هى استدامة للنكاح القائم فهى ليست من مشمولات الفقرة المذكورة ــ وما اشترطته هذه الفقرة انما هو خاص بدعوى الزوجية كما هو صريح لفظها ، يدل على ذلك صريح المذكرة الايضاحية للقانون المذكور فقد عنونت للتعليق على هذه الفقرة بالعنوان الآتى : « اجراء عقد الزواج بوثيقة رسمية » وجاء بها تعليقا على هذه الفقرة ما يأتى :

« ان الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لايزال فى حاجة الى الصيانة والاحتياط فى أمره فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة رسمية ثم يجحده احدهما ويعجز الآخر عن اثباته أمام القضاء وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا او نكاية وتشهيرا او ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة اثباتها بالشهود ، وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية أن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا وما كان لشىء من ذلك أن يقع لو اثبت هذا العقد دائما بوثيقة رسمية كما فى عقود الرهن وحجج الأوقاف وهى اقل منه شأنا فحملا للناس على ذلك واظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له عن الجحود والانكار ومنعا لهذه المفاسد العديدة زيدت الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ وانه لواضح كل الوضوح أن عدم السماع بناء على هذا النص انما هو من باب تخصيص القضاء وليس بناء على حكم شرعى ــ والأصل فى الدعاوى سماعها وانما المنع لعارض فلا يصح التوسع فى تطبيق هذا النص لأنه موضوع على سبيل الاستثناء وما جاء على خلاف الأصل لا يقاس عليه فلا يصح قياس الرجعة على الزوجية .

٤٥/١٠٥٨ أسيوط (٤٧/٢/٨) ت س م ش ٤٠٧/٢١

□■□

(المبدأ ١٣) : المطلقة رجعيا لعدم الانفاق لا تتم رجعتها قولا او فعلا فى العدة بل لابد من اثبات قدرته عليه وانفاقه بالفعل .

المطلق عليه رجعيا لعدم الانفاق أو لاعساره لا يكفى لصحة رجعته ان يراجع فى العدة رجعة صحيحة بالقول او بالفعل فقط بل لا بد ان يثبت اقتدار على الانفاق وينفق بالفعل والا لم تصح الرجعة قضاء اذ أنه ان لم يفعل ذلك يظل سبب التطليق وهو اعساره أو عدم انفاقه قائما فاذا قلنا بصحة رجعته حينئذ وردها اليه بمجرد القول او الفعل فى العدة كان معنى هذا اننا أهدرنا حكما شرعيا .

ق ٣٨/٤٩٢ ابنوب (٣٩/٦/١٩) ت س م ش ١١٨/٨/١١

□■□

(المبدأ ١٤) : لا تسمع دعوى الزوج مراجعته لمطلقته للاعسار مادامت حالته لم تتغير الى يسار .

المادة السادسة من القانون ١٩٢٠/٢٥ شرطت لصحة الرجعة فى هذه الحالة شرطين الأول ثبوت يسار الزوج والثانى استعداده للانفاق — وحيث ان المدعى عليه اعترف انه لم يطرأ عليه يسار بعد الطلاق وان حالته الآن هى بعينها قبل الطلاق فتكون الرجعة غير صحيحة .

٣٣/٨٥٤ الفيوم (٣٤/٦/١١) م ش ٦/٧٩٢

□■□

(المبدأ ١٥) : لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار ا لااذا ايسر الزوج واستعد للانفاق .

حيث انه حكم على المستانف عليه بطلاق المستانفة منه للاعسار حكما اصبح نهائيا والمادة السادسة من القانون ١٩٢٠/٢٥ تدل على انه لا يجوز للزوج أن يراجع زوجته التى طلقت منه لاعساره فى اثناء العدة الا اذا ثبت يساره بحيث يظن قدرته على ادامة الانفاق واستعداده للانفاق عليها نفقة مثلها والا لم تصح الرجعة ، وهذا يقتضى أنه لا يجوز الزام الزوجة بمعاشرة زوجها الا اذا راجعها مع توافر الشرطين المذكورين .

٣١/٤٣٠ من أسيوط (٣٢/١٠/٣٠) م ش ٤/٣١٧

□■□

(المبدأ ١٦) : تقع الرجعة صحيحة شرعا (بعد الطلاق للاعسار) اذا كانت فى العدة وعرض عليها زوجها النفقة الحاضرة .

حيث ان الشروط التى يلزم توفرها لصحة الرجعة قانونا هى ثبوت اليسار والاستعداد للانفاق ، وقد اثبت المدعى ذلك بالبينة الشرعى .

٣٢/٨٥٦ طنطا (٣٣/٣/٧) ت س م ش ٥/٩٢٤

□■□

(المبدأ ١٧) : الاعتراف بالزوجية وعدم انكار النسب يفيد الرجعة.

دعوى الزوج لقيد اسم ابنه بالصحة وامتناعه ثم عدم اتخاذ أى اجراء لنفى نسب البنت عنه مع اعترافه بالزوجية السابقة اولا — مما يفيد الرجعة — ويتعين الحكم بها اذا طلبته الزوجة .

٣٨/٣١٢٣ ك س مصر (٤٠/١/٤) م ش ٥٩/٤/١١

□■□

(المبدأ ١٨) : تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار مادام الزوج مصرا على الامتناع عن النفقة .

تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار مادام الزوج مصرا على الامتناع عن النفقة .

١٤٣/٣٠ عهيا (٢١/١/٢٨) ت س ٢ ش ٢/٨٠

□■□

(المبدأ ١٩) : اختلاف الزوجين فى صحة الرجعة ـ القول للزوجة بيمينها ـ شرط ذلك .

المستقر عليه شرعا انه اذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة فادعى الزوج انها صحيحة لأنها وقعت فى العدة وأنكرت هى ذلك لأنها وقعت بعد انقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها ، ان كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها تحتمل ذلك ، وكانت العدة بالحيض ، لأن الحيض والطهر لا يعلم الا من جهتها واقل مدة للعدة بالحيض ، فى الراجح من مذهب ابى حنيفة ستون يوما . واذا خلص الحكم المطعون فيه الى ان الرجعة وقعت صحيحة قبل انقضاء العدة ؛ واستدل على ذلك بما اثبته الزوج اسفل طلبات الحج الثلاثة التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن انها « زوجته » ويوافق على سفرها بهذه الصفة الى الأقطار الحجازية ، وان الرجعة قد صادفت محلا ، لأن الزوجة لم تنكر على الزوج صحتها ، وصادفت عليها بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان منزل الزوجية الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المباشرة الزوجية ، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة الى الجهات المختصة لاتمام الاجراءات المطلوبة بشانها بعد ان اثبت الزوج عليها العبارات التى تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته ، وان هذا الاقرار من الزوجة بصحة الرجعة لا يقبل الرجوع فيه ، لأنه تعلق به حق الغير (الزوج) وهو استخلاص موضوعى استند فيه الحكم الى اسباب سائغة تكفى لحمله ، ومن ثم فان النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس .

نقض ٣٨/١٨ ق (٧٢/٥/٣١) س ١٠٥٤/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٠) : دعوى الرجعة من طلاق رجعى لا تقبل لرفض الاشكال فى تنفيذ حكم الطاعة مادامت لا تصح بالتطبيق للقانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

حيث ان المستشكلة قد ادعت دعواها المذكورة وطلبت وقف حكم الطاعة لطلاقها منه لاعساره بحكم نهائى وان عدتها قد انقضت منه بالحيض

ثلاث مرات وحيث ان المستشكل ضده طلب رفض الاشكال لأنه راجعها قبل انقضاء عدتها وادعى صحة هذه الرجعة ولم يثبت ماادعاه ، وحيث ان الرجعة فى هذه الحالة لا تعتبر رجعة صحيحة لفقدانها شرطى الصحة المنصوص عليهما فى القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ ، والمذكرة التفسيرية له ، وحيث انه بعد انقضاء عدة المستشكلة بالحيض ثلاث مرات (والقول فى ذلك قولها شرعا والمدة تحتمله) لا محل لتنفيذ حكم الطاعة على المستشكلة لبينونتها منه بانقضاء العدة وانفصام عقد الزواج وصيرورتها اجنبية منه وقد أصبحت الرجعة الآن غير قائمة ، وحيث انه يتعين والحال ما ذكر، وقف تنفيذ حكم الطاعة .

٣٠/٤٩٦ الفشن (٣١/٨/١١) م ش ٥٤٩/٣

□■□

(المبدأ ٢١) : المطلقة للاعسار لها رفع دعوى ابطال الرجعة ــ وللمراجع رفع دعوى عليها بثبوت صحة الرجعة .

المطلقة للاعسار اذا راجعها المطلق لها ان ترفع الدعوى عليه ببطلان الرجعة وللمراجع ان يرفع الدعوى عليها بثبوت صحة الرجعة .

ق ٢٨/١٧٤ شبرا خيت (٢٩/٧/٢٥) م ش ٥٠/١

□■□

(المبدأ ٢٢) : جواز استناد الحكم الى شهادة الشهود باستمرار الحياة الزوجية بعد الطلاق الرجعى ــ مؤدى ذلك أن الحكم قد اتخذ من هذه الشهادة دليلا على حصول المراجعة جواز المرجعة بالقول او بالفعل .

متى كان الحكم قد استند الى شهادة الشهود باستمرار الحياة الزوجية بعد الطلاق الرجعى حتى وفاة الزوج فانه يكون قد اتخذ من هذه الشهادة دليلا على حصول مراجعة الزوج لزوجته وليس فى ذلك ما يعتبر مخالفة للقانون طالما ان الرجعة تكون اما بالقول او بالفعل ومن ثم يكون الحكم قد استند فى اثبات الزوجية الى دليل مقبول .

٢٨/٣٤ ق (٦٠/٦/٢٣) س ٤٧١/١١

□■□

(المبدأ ٢٣) : الطلاق والرجعة مما يستقل به الزوج .

الطلاق والرجعة مما يستقل به الزوجان شاء راجع وان شاء فارق اما العدة فمن انواعها واحوال الخروج منها وانتقالها ما تنفرد به الزوجة وائتمنها الشارع فيه .

٢٩/٣٩ ق (٦٢/١/٢٣) س ٦٦٣/١٢

□■□

(المبدأ ١) : المرتد لا دين له وزواجه باطل شرعا ولو بمرتدة مثله .

يلزم توضيح ماهيــة الرد ـ وهل تقع من الصبى أولا ؟ وبم تحصل ؟ وما حكم زواج المرتد شرعا ؟ وقد جاء فى التنوير وشروحه من باب المرتد : ان الردة هى الرجوع عن دين الاسلام بعد الايمان وركنها اجراء كلمــة الكفر على اللسان من العاقل غير المكره والبلوغ ليس شرطا فتقع الردة من الصبى المميز كما يصح منه الاسلام والفاظها كثيرة ، افردها بعضهم بالتـأليف ، وان كان المعول عليه بين العلماء أنه لا يفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن او كان فى كفره خلاف ، وكمـا تكون الردة بالقول تكون بالفعل كالاسلام . ويبطل زواج المرتد مطلقا ولو بمرتدة ممثلة ... الخ ما ذكره فى باب المرتد ص ٢٩١ ج ٣ ابن عابدين و ص ٤٠٧ ج ٢ و ص ٥٠٥ ح ٢ فتح القـدير .

ومن حيث ان خطورة هذا الموضوع تتضح من تحرج بعض الأئمــة عن الافتــاء بكفر اى مسلم حتى ان صــاحب البحر رضى الله عنــه الزم نفســه الا يفتى بشىء من ذلك ، اذ الاســلام الثـابت لا يزول بالشك بل هو يعـلو ولا يعلى عليــه لأنه الحق ، والكفر شىء عظيم لا يصار اليــه الا اذا حصل ما يؤكد وقوعه من غير شك .

٣١/٤٠١ طنطا (٣٢/٤/٣) ت س ٩٢٠/٣/٢

□■□

(المبدأ ٢) : الردة والارتداد بمعنى لكن قال الراغب ان الردة فى الكفر والارتداد فيه وفى غيره .

الردة والارتداد بمعنى كما قال الراغب وهى الرجوع فى الطريق الذى جاء منــه ، ولكن الردة تختص بالكفر ، والارتداد يستعمل فيه وفى غيره ، ولذلك شواهد فى القرآن الكريم : « ان الذين ارتدوا على أدبارهم من بعد ما تبين لهم الهدى ... » الآية : « يا أيهــا الذين آمنوا من يرتد منــكم عن دينه ... » الآية ـ وهو الرجوع عن الاسلام الى الكفر ـ (ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر) ، (فارتدا على آثارهما قصصا) .

٤٨/١٠٩٤ العطارين (٤٩/٥/١٥) تس م ش ٥٣٧/٢١

□■□

(المبدأ ٣) : المرتد لا تقدير له شرعا .

حالة الردة لاتحترم للمرتد يد معها ولا تقدير له ولا ليده شرعا .

٥٤/٢٣٧ أبو تيج (٤٦/٣/١٣) ت س　　　　م ش ٤٢٩/١٧

□■□

(المبدأ ٤) : الردة لا تمنع الزوجة المسلمة حقها فى الارث .

الردة على فرض حصولها لا تمنع الزوجة المسلمة حقها فى الارث بل هى مقتضية للارث شرعا فقد نص الفقهاء على أن المرتد ترثه امراته المسلمة اذا مات أو قتل على ردته وهى فى العدة لأنه يصير فارا وان كان صحيحا وقت ردته ــ وجعلوا حكمه حكم المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بقصد الفرار من ارثها له ومات وهى فى عدته (فتح القدير والهداية والعناية ص ٣٩٢ من الجزء الرابع ص ١٥١ من الجزء الثالث) .

٤٦/٣٤٩٧ ك س مصر (٤٨/٤/١٦)　　　　م ش ٣١٨/١٩

□■□

(المبدأ ٥) : ردة الرجل فرقة بغير طلاق ــ حصولها بنفس الردة فى الحال .

ان ردة الرجل فرقة بغير طلاق (فسخ) فى قول ابى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد فرقة بطلان ، وهى بالاجماع تحصل بنفس الردة وتثبت فى الحال وتقع بغير قضاء القاضى سواء كانت الزوجة مسلمة أم كتابية : فان كانت الردة بعد الدخول فللزوجة المهر والنفقة الى وقوع الفرقة ونفقة العدة ما دامت فيها .

نقض ٣٧/٢٥ ق (٦٨/٥/٢٩)　　　　س ١٠٣٧/١٩

□■□

(المبدأ ٦) : من استخف بشرع النبى عليه الصلاة والسلام فقد ارتد باجماع المسلمين ولزمته احكام المرتدين المسطرة فى المتن والشروح والفتاوى من وجوه الاهانة بالحبس وكشف الشبهة والقتل ، كما نصوا على أن من قال ((النصرانية خير من اليهودية والمجوسية)) كفر والعياذ بالله لاثبات الخير لما قبحه الله بالدليل القطعى .

جاء فى الخيرية فى باب الردة جوابا على سؤال ما نصه : « قد تقرر عند علماء الاسلام فى هذه الأيام أن من استخف بشرع النبى صلى الله عليه

وسلم فقد ارتد باجماع المسلمين ولزمته أحكام المرتدين المسطرة فى المتون والشروح والفتاوى المستغنية عن الشرح والتبيين من وجوه الاهانةبالحبس وكشف الشبهة والقتل أن يجدد له اسلامه وغير ذلك من الأحكام – وفى جواب سؤال آخر ان من استخف بالشرع او قال لا اعمل بالشرع بل بما تعارف عليه الفلاحون ودعاة العرب حكم بردتهم وأعطوا جزاء المرتدين فى نظر الشريعة ، ونصحوا للحكام بتلافى مثل هذه الحال التى لم ينزل الله بها من سلطان ، وفى جامع الفصولين ، لو قال المسلم النصرانية خير من اليهودية والمجوسية كفر والعياذ بالله لاثبات الخير لما قبحه الله بالدليل القطعى .

الرجل المسلم الذى يسعى فى تنصير بناته المسلمات تبعا لدين أمهن الذمية فى مرتبة فوق مرتبة من استخف بالشرع ومرتبة من فضل النصرانية على اليهودية والمجوسية فى النظر الفقهى ، لأنه لم يكن مستخفا فحسب ولا مفضلا فقط ولكنه قلب دينه ودين أولاده راسا على عقب واختار المسيحية لهن بدلا من الاسلام بالقول و الفعل والكتابة فعمله أشد هولا وأكبر جرما فلا يؤمن عليهن لأنه صار مفسدا فلا يصلح لحفظهن والرأى الأول فين للقاضى لأنه نصب ناظرا للمسلمين .

٤٨/٢٩٥ العطارين (٢٠/٤/٤٨) م ش ٩٩/٢٥

□■□

(المبدأ ٧) : المسلم الذى يسعى لتنصير بناته المسلمات تبعا لدين امهن الذمية مرتد يجب قتله .

الرجل المسلم الذى يسعى فى تنصير بناته المسلمات تبعا لدين أمهن الذمية فى مرتبة فوق مرتبة المستخف بالشرع وفوق مرتبة من فضل النصرانية على اليودية والمجوسية فى النظر الفقهى لأنه اختار غير الاسلام دينا لأولاده وفضل النصرانية على الاسلام وقلب دينه بالفعل والقول والكتابة فعمله اشد هولا واكبر جرما واكد فى النصرانية فهو مرتد يجب قتله وغير امين على أولاده ومفسد يجب نزع اولاده منه وسلب ولاية حفظه عنه .

٤٨/٢٩٥ العطارين (٢٠/٤/٤٨) ت س م ش ٩٩/٢٥

□■□

(المبدأ ٨) : قائل كلمة الكفر جهلا وهو مهتاج الشعور ثائر النفس لا يعى ما يقول لا يحكم بارتداده اذ محل الايمان القلب ، ولا يفتى بتكفير مسلم امكن حمل ما نسب اليه على محمل آخر حسن او كان فى كفره اختلاف ولو فى رواية ضعيفة .

قال فى البحر الرائق لابن نجيم رحمه الله فى الجزء الخامس ص١٣٤ بعد أن افاض فى نقل كلام الفقهاء وتكفير امثال أولئك السفهاء ، وفى جامع الفصولين روى الطحاوى عن اصحابنا : لايخرج الرجل من الايمان الا جحود ما ادخله فيه ثم ما يتيقن انه ردة يحكم بها وما يشك انه ردة لا يحكم بها اذ الاسلام الثابت لا يزول بشك على أن الاسلام يعلو وينبغى للعالم اذا رفع اليه هذا الا يبادر بتكفير اهل الاسلام على أن يقضى بصحة اسلام المكره ـ أقول قدمت هذه لتصير ميزانا فيما نقلته فى هذا الفصل من المسائل فانه قد ذكر فى بعضها أنه كفر مع انه لا يكفر على قياس هذه المقدمة ، وفى الفتاوى الصغرى (الكفر شيء عظيم فلا أجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية انه لا يكفر) وقال فى الجامع الأصغر (اذا أطلق الرجل كلمة الكفر لكنه لم يعتقد الكفر قال بعض أصحابنا لا يكفر لأن الكفر يتعلق بالضمير ولم يعتقد الضمير على الكفر ، وقال بعضهم يكفر وهو الصحيح عندى لأنه استخف بدينه) ، وفى الخلاصة وغيرها (اذا كان فى المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتى أن يميل الى الوجه الذى يمنع التكفير تحسينا للظن بالمسلم) . زاد فى البزازية (الا اذا صرح بارادة موجب الكفر فلا ينفعه التأويل حينئذ) وفى التارخانية (لا يكفر بالمحتمل لأن الكفر نهاية العقوبة فيستدعى نهاية فى الجناية ومع الاحتمال لا نهاية) ثم قال أخيرا (ان من تكلم بكلمة الكفر هازلا أو لاعبا كفر عند الكل ولا اعتبار باعتقاده ، كما صرح به قاضيخان فى فتاواه ومن تكلم بها مخطئا أو مكرها لا يكفر عند الكل ومن تكلم بها عامدا عالما كفر عند الكل ومن تكلم بها اختيارا جاهلا بأنها كفر ففيه اختلاف ولو فى رواية ضعيفة) تلك نصوص الأجلاء من الحنفية يرى المطلع عليها انهم فهموا روح الدين الاسلامى فهما صحيحا .

٣٢/١٣٥٧ اشمون (٣٣/١٠/٢٨) م ش ٣٧٨/٥

□■□

(المبدأ ٩) : المرتد لو طلق زوجته لحقها الطلاق ما دامت فى العدة .

وحيث انه لا عبرة بما ذكره من أن المدعى قد ارتد عن الاسلام ـ لأنه على فرض صحة مايدعى فان المرتد لو طلق زوجته لحقها الطلاق ما دامت فى العدة .

٣٣/١٦٩٤ بورسعيد (٣٥/٣/١٢) ت س م ش ٤٤٥/٦

□■□

(المبدأ ١٠) : المسيحى اذا اسلم ثم ارتد ثم ادعى الاسلام ليضم اولاده لا يصدق .

من نشأ مسيحيا ثم أسلم ثم ارتد عن دين الاسلام ثم ادعى الاسلام بعد ذلك امام القضاء ليضم أولاده لا يصدق فى دعواه .

٢٩/١٤٤٩ شبرا (١٢/٥/٤٠) ت س م ش ١١/٨/١٢٨

□■□

(المبدأ ١١) : معتنق مذهب البهائية مرتد يجب التفريق بينه وبين زوجته . ما هى البهائية – والى من تنسب وما نشاتها ومن انشاها ؟ وما هى معتقداتها ؟ وهل تنسب الى دين من الأديان ام لا ؟ وهل معتنقها مرتد عن الدين الاسلامى ام لا ؟

جاء فى الدين الاسلامى كثير من الأحاديث والآثار عن ظهور رجل مصلح مجدد فى آخر الزمان ، فقد ورد فى الحديث الشريف عن ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تذهب الدنيا حتى يملك رجل من اهل بيتى يواطىء اسمه اسمى » وفى رواية لابن مسعود أيضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو لم يبق فى الدنيا الا يوم لطول الله ذلك اليوم حتى يبعث الله فيه رجلا من اهل بيتى يواطىء اسمه اسمى ، واسم ابيه اسمى ، يملأ الأرض قسطا وعدلا كما ملئت ظلما وجورا ، وعن أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم تقول « المهدى من عترتى – من أولاد فاطمة » رواه أبو داود الى غير ذلك من الأحاديث .

بهذه الآثار ادعى كثير انه المهدى المنتظر – وكان أكثر هؤلاء المدعيين يظهر ببلاد العجم موطن الشيعة كما ظهر بعضهم ببلاد الهند ومصر والسودان وغير ذلك من بلاد الاسلام ، حتى ظهر رجل يدعى ميرزا على محمد بن رضى البزار المولود فى أول محرم سنة ١٢٣٥ – تربى فى حجر خاله ميرزا سيد على التاجر – وتعلم مبادىء اللغتين العربية والفارسية وبرع فى الخط واشتغل بالأمور الروحانية والرياضيات الشاقة ومن تسخير الكواكب وكان يقف فى الشمس عارى الرأس فى شدة الحر فكانت تعتريه عند ذلك نوبات عصبية شديدة فانحطت قواه ، وبعد ذلك بدأ دعوته خفية وادعى أنه باب المهدى المنتظر فتبعه بعض السذج حتى تم عددهم ثمانية عشر رجلا وزاد اقبال الناس عليه فقال انه المهدى المنتظر نفسه وسمى رجلا من اتباعه الباب ، أو باب الباب وادعى لنفسه النبوة والرسالة ثم ابتدأ يشتغل بتأليف الكتب وتدوين الأحكام وألف كتاب الرسالة العالية فى الفرائض الاسلامية ، ثم فسر صورة يوسف وكرر فى تاليفه (اننى أفضل من محمد

كما أن ، قرآني افضل من قرآن محمد ـ واذا قال محمد بعجز البشر عن الاتيان بسورة من سور القرآن فانا اقول بعجز البشر عن الاتيان بحرف مثل حروف قرآني ـ ان محمدا كان بمقام الألف وانا بمقام النقطة .. الخ) .

وكان من اتباع هذا الرجل مرزا حسين على الملقب بالبهاء بن مرزا عباس وأخوه مرزا يحيى صبح أزل ـ كما تبعه بعض النساء ومنهن (رزين تارج) وتلقب ببدر الدجا وشمس الضحى وبقرة العين من الباب وبصديقة طاهرة من البهاء والبهائية اخيرا ـ وكان لهذه المراة شان كبير فى الدعاية للباب ـ بل كانت داعية للفوضى وطرح الدين ظهريا ، وكانت تأمر بمنع الحجاب ورفع النقاب وترى تزوج امراة واحدة من تسعة رجال فاجتمع حولها خلق كثير ـ وانصاع لها عدد كبير من أمير وحقير ، حتى خطبت على المنبر ما نصه « اسمعوا أيها الأحباب اعلموا أن أحكام الشريعة المحمدية قد نسخت بظهور الباب وأن حكم الشريعة الجديدة البابية لم تصل الينا وان اشتغالكم بالصوم والصلاة والزكاة وسائر ما أتى به محمد عمل لغو ـ لا يعمل به الا كل غافل جاهل ـ فلا أمر اليوم ولاتكليف ، ولا نهى ولا تعنيف فنحن الآن ، فى زمن الفترة ، فاخرجوا من الوحدة ، الى الكثرة ، ومزقوا هذا الحجاب الحاجز بينكم وبين نسائكم وشاركوهن فى الأعمال فما هن الا زهرة الحياة الدنيا ، وأن الزهرة لا بد من قطفها وشمها لأنها خلقت القطاف والشم ، وأن الزهرة تجمع وتقطف وللأحباب تهدى وتتحف ، وليشارك بعضكم بعضا بالأموال ولا تحجبوا حلائلكم عن أحبابكم ، اذ لا ردع الآن ولا حد ولا مانع ولا تكليف فخذوا حظكم من هذه الدنيا فلا شيء بعد الممات .

هذه نبذة لما كان عليه الباب واتباعه وسنذكر نبذة عن ديانة الباب تبين مقدار تغييره وتبديله للدين الاسلامى وقواعده فى جميع أحواله ،يحتم الباب نسخ القرآن وأحكامه مطلقا ـ والمراد بيوم القيامة فى القرآن هو ظور الباب واعلان دعوته ، والمقصود من البعث والحشر والنشر هو قيامه بدعوته ـ ويحكم على كل من يرغب عن دعوته بالكفر ـ والغاية من لقاء الله هو لقاء الباب ـ وهو البرزخ المذكور فى القرآن ـ وأن الأشياء خلقت وتخلق ويقول الباب ـ ويحتم هدم قبور الأنبياء والأولياء ـ وأبطل حج البيت ـ وأوصى بهدمه ـ وجعل بيته الذى هو فيه بدل بيت الله ، وجعل السنة تسعة عشر شهرا بدل اثنى عشر شهرا ـ وجعل الشهر الواحد تسعة عشر يوما واضاف اليها الأيام الخمسة المشرقة وسماها أيام ـ هاء ـ وجعل الصوم تسعة عشر يوما قبل انتقال الشمس من برج الحوت الى برج الحمل بتسعة عشر يوما أى جعل العيد النيروز ، وخصص الأيام الخمسة الكبيسة

للهو والطرب قبل دخول شهر الصيام ــ ويقول اذا ظهر البــاب ، حرمت على النــاس اموالهم وانفسـهم ما لم يؤمنــوا به ــ وجعل الزواج برضــاء الزوجين فقط وعلى الجملة فقد غير قواعد الاسلام ونقض عراه عروة تلو اخــرى .

ولم يكتف بهذا كله حتى ادعى الربوبية ومازال على ذلك حتى قتل بتبريز صبيحــة يوم الاثنين ٢٧ شعبان سنة ١٣٦٥ رميا بالرصاص بعــد فتوى العلماء بكفره واهدار دمه ــ ورميت جثته هو واحد اتباعه واكلها الكواثر والطيور الجوارح . تفرق اصحــاب الباب بعــد ذلك ــ كان كبيرهم مرزا حسين الملقب بالبهاء المولود فى اليوم الثانى من شر المحرم سنة ١٢٣٢واخوه مرزا يحيى ــ ويلقب بصبح ازل من الباب وأخذ البهاء يدعو الى البابونشر تعاليمه التى قدمناها ــ ثم بعد ذلك ادعى ان الباب كان آية من آياته ، وان محمد وعيسى وموسى والمهــدى المنتظر كل هؤلاء من آياته ــ وانهم دعادة له وانه هو كل شىء ، واليه يرجع كل شىء ــ وكتب عدة كتب بين فيها اعتقاده وديانته ــ وانه فاق الولاية والرسالة وانه فى مرتبة الربوبية او الألوهيــة الى ١٠٠٠ سنة ومن يدعى امرا قبل الف سنة كاملة فانه كذاب ومفتر من يؤول هذه الآية او يفسرها بغير ما نزل فى الظاهر انه محرم من روح الله التى سبقت العالمين (يراجع كتابه أقدس فى الصفحة رقم ١٣) ــ ومن التناقض بين البهاء والباب بهذا الخصوص ان الباب قال فى كتابه البيان كل من ادعى امرا قبل سنين كلمة (المستغــات) فهو مفتر كــذاب اقتلوه حيث ثقفتموه وكلمة المستغات بالجمل الف سنة ــ فالباب يجعل مدة نبوته أو الوهيتــه الفى سنة ويأتى تابعه فيجعلها الف سنة ، وقد ابقى البهاء من ديانة الباب تقسيم السنة والأشهر والصوم والعيــد وجعل لكل شــهر اسما خاصا به ولكل يوم اسما خاصا به ــ غير ما ورد فى القرآن والحديث وغير المتعــارف عند عامة الأديان ــ وفرض تسع ركعات حين الزوال ــ وفى الغروبوالآصال وجعل القبلة شطره فى عكا وابطل صلاة الجماعة الى غير ذلك من الخرافات والخزعبلات ــ والخروج عن الملة والدين ــ وجعل العهــد من بعده لابنــه الأكبر عباس افندى الملقب من قبله بالغصن الأعظم والمعروف من بعــده لابنه ــ وقد حصل نزاع شديد بين الأخوين صبح ازال ــ والبهــاء ــ واصبح لكل شيعة واتباع تقاتل الأخرى ــ وعداوة بعضهم لبعض اشد من عداوتهم للمسلمين ــ ومن هذا يتبين ان البــابية تنقسم الى اربعة أقســام الأولى البابية الخلص الذين اتبعوا الباب ويعملون بتعاليمه وينبــذون ما سواها ــ الثانية ــ البــابية الأزلية وهم القائلون بخــلافة مرزا يحيى صبح ازل ــ الثالثة ــ البــابية البهائية وهؤلاء يعتقدون بربوبية والوهية البهاء ، وانه هو الذى بعث الأنبياء والرسل ، وان موسى وعيسى ومحمد عليهم الصلاة

والسلام والباب انما كانوا يبلغون احكامه ويبينون آياته ــ فهم مظاهر اوامره كما ان ابنه عباس يكون كذلك من بعده وان ليس لأحد ان يقوم من بعده ويدعى الأمر الا بعد الف سنة كاملة ــ الرابعة ــ البهائية العباسية وهؤلاء هم البابية البهائية العباسية ولكنهم يقدسون ويمجدون عباس كتقديسهم لأبيه والبعض منهم يجعل البهاء مبشرا به كما كان الباب مبشرا بابيه .

من ذلك يمكننا أن نعرف البهائية ، ومن اين نشأت ومتى نشأت والى من نسبت كما يمكننا ان نعرف معتقداتها ، وما تؤدى اليه هذه المعتقدات ، ومن هذا يعرف أن الفرق الأربع خارجة عن الدين وملحدة فى الملة بيقين وقد افتى العلماء من حين ظهور هذه الفرق بكفرهم وردتهم وقتل رؤسائهم لما يبتدعونه من الضلالات ولمروقهم من الدين ولحلهم ما حرم الله ، ومن حيث ان هذه الفرق جميعها مرتدة عن الدين الاسلامى .

ق ٤٤/١٦ محافظة سيناء (٤٤/١٢/١٤) م ش ٧٧/٣/١٦

□■□

(المبدأ ١٢) : من قرر بعد اسلامه انه على غير دين الاسلام كان مرتدا

من قرر بعد اسلامه أنه على غير دين الاسلام كان مرتدا شرعا لأنه خرج على الدين واصبح خطرا على النظام العام فتنزع منه أولاده ان كانوا معه واذا طلب هو ضم أولاده اليه لا يجاب الى طلبه .

٤٥/٢٣٧ ابو تيج (٤٦/٣/١٣) ت س م ش ٢٩/١٧

□■□

(المبدأ ١٣) : المرتد اذا اسلم فامواله باقية على ملكه .

جاء فى البدائع لا خلاف أن المرتد اذا أسلم فامواله باقية على ملكه واذا مات أو قتل أو لحق تزول عن ملكه ــ وانما الخلاف فى زوالها بهذه الثلاثة مقصور على الحال عندهما ومستندا الى وقت وجود الردة عنده ، وفى العناية أن ذلك خاص بالملك لأنه لا توقف فى احباط طاعة المرتد وفرقة زوجته وتجديد الايمان فان الارتداد فيهما عمل عمله ، وفى البحر وشرح السير الكبير والدر المختار أن المرتد اذا مات أو قتل أو لحق ورث كسب اسلامه وارثه الموجود عند الموت أو القتل او اللحاق فى الاصح ولزوجته بشرط العدة بعد قضاء دين اسلامه اما كسب ردته فهو فىء للمسلمين فيوضع فى بيت المال وقال الصاحبان رضى الله عنهما هو ميراث ايضا لكسب الردة لأن زوال ملكه عندهما مقصور على الحال .

٤٦/٣٤٩٧ ك س سعد (٤٨/٤/٢٦) م ذ س ٣١٨/١٩

(المبدأ ١٤) : اذا رجع من اسلم ونطق بالشهادتين عن الاسـلام كان مرتدا لا دين له شرعا فلا يرث احدا .

حيث قرر المدعى انه مسلم ونطق بالشهـادتين وتزوج وهو معروف بانه مسلم والمقرر شرعا أن مثل هذا يعد مسلما ويعامل معـاملة المسلمين (كما فى الدر وابن عابدين بباب الردة) واذا عاد الى الأول كان مرتدا لأن المرتد هو المسلم الذى يغير دينه ولا يعتبر بالمرة دين لأن المرتد لا دين له ، ومن حيث أن المرتد لا يرث احدا كمـا نص على ذلك فى باب الردة بالجزء الخامس من البحر والجزء الثالث من حاشية رد المحتار والجزء الثلاثين من المبسوط لأن الارث صلة شرعية وبالردة يكون جانيا على حق الشرع فيحرم من الميراث عقوبة له كالقاتل بغير حق .

ق ٣٤/١٦٩ ك مصر (٣٦/١/١٤) ت س م ش ١٢٢/٨

□■□

(المبدأ ١٥) : استتابة المرتد محل خلاف بين الأئمة جميعـا والفتوى على امهاله ثلاثا ليتوب والا دق عنقه .

اختلف الفقهـاء فى استتابة المرتد فقيل يستتاب فان تاب والا قتل وهذا هو قول الجمهور ـ وقيل يجب قتله فى الحال واليه ذهب الحسن وطاووس وبه قال أهل الظاهر ونقله عن ابن المنذر عن معاذ وجنيد بن عمير وعليـه يدل تصرف البخـارى فانه استظهر بالأحاديث التى لا ذكر فيهـا للاستتابة ـ وقال الطحاوى ذهب هؤلاء الى أن حكم من ارتد عن الاسـلام حكم الحربى الذى بلغته الدعوة فانه يقـاتل من قبل أن يدعى وانما تشرع الاستتابة لمن خرج عن الاسـلام لا عن بصيرة أما من خرج عن بصيرة فلا ، ثم نقل عن أبى يوسف موافقتهم ـ وعن ابن عبـاس رضى الله عنهما أن كان قبلها مسلمـا لم يستتب والا استتيب ـ وقال الليث النـاس لا يستتيبون من ولد فى الاسلام اذا شهد عليه بالردة ولكن يقتل تاب بعد ذلك أو لم يتب اذا قامت البينة العادلة وعن مالك عن زيد بن أسلم قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم ـ من غير دينه فاضربوا عنقه ـ قال مالك هـذا فيمن ترك الاسلام ولم يقر به لا فيمن خرج من اليهودية الى النصرانية ، وعكسه وعن عكرمة قال اتى أمير المؤمنين على رضى الله عنه بزنادقه فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقـال لو كنت انا لم أحرقهم لنهى النبى صلى الله عليـه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (من بدل دينـه فاقتلوه) ، وعن أبى موسى أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال له اذهب الى اليمن ثم اتبعه معاذ بن جبل ، فلما قدم عليه القى له وسـادة

وقال انزل واذا رجل عنده موثق قال ما هذا كان يهوديا ثم أسلم ثم تهود ، قال لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله (متفق عليه) ، وفى رواية لأحمد ، قضى الله ورسوله أن من رجع عن دينه فاقتلوه وهذه الأحاديث تدل على انه لا يستتاب المرتد بل يقتل فور الردة وغير ذلك من حديث معاذ فى رواية (أيما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان عاد والا فاضرب عنقه ، قال الحافظ سنده حسن وفى رواية لأبى داود فى قصة معاذ فاتى الى ابى موسى برجل قد ارتد عن الاسلام فدعاه عشرين يوما أو قريبا من ذلك فدعاه معاذ فابى فضرب عنقه) وعن محمد ابن عبد الله بن عبد القادر قال قدم على عمر ابن الخطاب رجل من قبل ابى موسى فسأله عن الناس فاخبره ثم قال له هل من مغربة خبر ، قال نعم كفر رجل بعد اسلامه ، قال فما فعلتم به ، قال قدمناه فضربنا عنقه فقال عمر هلا حبستموه ثلاثا واطعمتموه رغيفا وستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ، اللهم انى لم احضر ولم أرض اذ بلغنى رواه الشافعى) ، وهذه تدل على استتابة المرتد . وعن أبى حنيفة روايتان شاركه فيهما أحمد رضى الله عنهما احداهما لا يستتاب والثانية أن تكرر منه لم تقبل توبته وهو قول الليث واسحق وجماعة من الشافعية ان كان داعية لم تقبل توبته أصلا ويقتل ، وان كان غير ذلك يستتاب ، (نيل الأوطار جـ ١٨ أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ البحر جـ ٣ ابن عابدين جـزء ٣) .

٤٨/١٠٩٤ العطارين (١٥/٥/٤٩) ت س   م ض ٥٣٨/٢١

□■□

(المبدأ ١٦) : المرتد او المرتدة لا يرث غيره .

ان الاجماع بين المسلمين انعقد على أن المرتد او المرتدة لا يرث من غيره مطلقا .

ق ٤٩/١٠ العليا الشرعية)٢٣/١٠/٥٠(م ش ١٩/٢٢

□■□

(المبدأ ١٨) : المرتد ليس غير مسلم بل اسوأ حالا من غير المسلمين .

المرتد ليس غير مسلم فقط بل هو أسوأ حالا من غير المسلمين من ذوى الديانات الأخرى لأنه لا ملة له ولذلك فانه يبطل منه كل ما يعتمد الملة ، جاء فى شرح الدر فى باب المرتد (ويبطل منه اتفاقا ما يعتمد الملة وهى خمس النكاح والذبيحة والصيد والشهادة والارث) وليس هو بالمنبوذ لأنه لا ملة له فقط بل هو ميت حكما واعتبره الفقهاء كالمفقود جاء فى الأنقروية ص٢٤ جزء ١ (ولو ارتد رجل ولم يعلم لحوقه ، أى بدار الحرب فهو كالمفقود فان مات أحد من ولده فميراثه لورثته ــ ولا يحبس شىء على المرتد) .

ق ٥٠/١٣ كـ مصر (٢٠/٥/٥٠) ت س   م ش ١٩٧/٢٢

(المبدا ١٩) : اذا ارتد الزوجان معـا وجاءت الزوجة بولد لأقل من ستة اشهر كان الولد مسلما .

المنصوص عليه شرعا انه اذا ارتد الزوجان معا ثم جاءت الزوجة بولد لأقل من ستة اشهر من حين الردة فان الولد يكون مسلما لأنه علم قطعا ان الطلاق حصل فى حال الاسلام . (يراجع الجزء السابع من البدائع ص١٣٩)

٥١/٤٩ ك مصر (٥٢/١/١٢) ت س م ش ٢٢٢/٢٣

□■□

(المبدا ٢٠) : المسلم اذا خرج عن اسلامه كان مرتدا .

المسلم اذا خرج عن اسـلامه كان مرتدا تجرى عليه احكام المرتدين ولا يقر على دين سواه .

٤٨/١٩٨٣ الزقازيق (٤٩/٩/٢٠) ت س م ش ٢٧٠/٢٣

□■□

(المبدا ٢١) : اعتنـاق مذهب البهائية كفر يترتب عليـه اثر الردة المنصوص عليه فى الفقه والقانون ـ البهائية مذهب فاسد كما يتبين ذلك من كتبهم التى تضمنت جزئيات اعتقاد جزئية واحدة منها كاف فى ردة المسلم .

يؤخذ من كتب البهائية التى شرحت قواعد مذهبهم ودعت اليها أنهم حولوا القبلة وجعلوها شطر عكا الذى جعله الله مكان المـلا الأعلى يصـلوا الصـلاة تسع ركعات ، وجعلوها على الميت ست تـكبيرات وأبطلوا التيمم وان من لم يجد الماء يذكر اسم الله الأطهر خمس مرات ثم يشرع فى الصلاة وابطلوا جميع الحـدود الواردة فى القرآن وابطلوا صـلاة الجماعة وابطلوا الحج الى مكة واوجبوه الى عكا وعلى الرجال دون النساء وحرموا الزواج بأكثر من اثنتين وجعلوا الصيام تسعة عشر يوما من ٢ مارس الى ٢٠ منه وهو آخر فصل الشـتاء وجعلوا عيد الفير لهم عيـدا والصوم من شروق الشمس الى غروبها وجعلوا عقاب الزانى والزانية دية لا حدا ولا رجمـا وعقاب السارق الفقر وان عاد الى السرقة فعقابه الحبس وان عاد جعلت عليه علامة يعرف بهـا انه سارق هذا بعض ما جاء بكتبهم ـ ولا ريب أن اعتقاد جزئية واحدة من الجزئيات التى ذكرناها كاف فى ردة المسلم وانه مارق عن الدين الاسلامى فيجب شرعا تطبيق احكام المرتد عليه .

نص الفقهاء على أن يزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا وأن تاب وعاد الى الاسلام عاد اليـه ملكه ـ وان مات أو قتل على ردته فماله الذى كسبه حال اسلامه لوارثه المسلم واما ماله الذى كسبه بعد ردته فهو تبرع لا يورث ويكون لبيت المال .

٥٢/٥٢٣٨ ك مصر (٥٢/٦/٣٠) ت س م ش ٢٤٢/٢٥

□■□

(المبدا ٢٢) : ليس لمرتد ان يتزوج اصلا ـ لا بمسلم ولا بغير مسلم .

الردة ـ وهى الرجوع عن دين الاسلام ـ سبب من أسباب الفرقة ومن احكامها انه ليس لمرتد أن يتزوج اصلا لا بمسلم ولا بغير مسلم ، اذ هى فى معنى الموت وبمنزلته ، والميت لا يكون محلا للزواج وهى لو اعترضت على الزواج رفعته واذا قارنته تمنعه من الوجود ، وفقه الحنفية على أن المراة اذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج واذا تزوجت ثم ارتدت انفسخ العقد ووجبت الفرقة بين الزوجين بمجرد تحقق سببها وبنفس الردة وبغير توقف على قضاء القاضى . واذا كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى فرقة سببها ردة الطاعنة الثانية وزواجها بعد ردتها من الطاعن الأول وانهما يتعاشران معاشرة الأزواج بينما لم ينعقد بينهما زواج فانها بذلك تكون من اختصاص المحاكم الابتدائية ولا يعتبر من منازعات الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية التى تختص بها المحاكم الجزئية .

نقض ٣٤/٢٠ ق (٦٦/٢/٣٠) س ٧٨٣/١٧

□■□

(المبدا ٢٣) : ردة الرجل فرقة بغير طلاق عند ابى حنيفة وابو يوسف ـ فرقة بطلاق عند محمد .

ردة الرجل فرقة بغير طلاق « فسخ » فى قول ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد فرقة بطلاق .وهى بالاجماع تحصل بنفس الردة فتثبت فى الحال وتقع بغير قضاء القاضى سواء اكانت الزوجة مسلمة أم كتابية فان كانت الردة بعد الدخول فللزوجة المهر والنفقة الى وقوع الفرقة ونفقة العدة مادامت فيها .

٣٧/٢٥ ق (٦٨/٥/٢٩) س ١٠٣٤/١٩

□■□

(المبدا ٢٤) : استتابة المرتد وامره بالرجوع الى الاسلام ـ اقراره بانه مسلم اثره ـ بواعثه ودواعيه .

المرتد ـ وهو الراجع عن دين الاسلام ـ لا ملة له وهو لا يقر على ردته ولا على ما اختاره دينا له ، بل يستتاب ويؤمر بالرجوع الى الاسلام فان هو عاد الى اسلامه عاد ملكه الى ماله بعد أن كان قد زال عنه بردته زوالا موقوفا . واذا كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن أقر فى طلب استخراج جواز سفره بانه « مسلم » واقراره هذا مفاده انه تاب وعاد

الى الاستدلال بامور تتصل بالعقيدة الدينية التى تبنى الأحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان ، ولا يجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى بواعثها ودواعيها ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعول على هذا الاقرار وجرى فى قضائه على البحث فى علته والأسباب التى دعت اليه ، فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

س ١٦/٤٩٦ — نقض ٣٢/٣٧ ق (٢١/٤/١٩٦٥)

(المبدأ ١) : الرسم الذى يستاديه قلم الكتاب بمناسبة الالتجاء الى القضاء فى طلب او حقوق تعرض عليه .

الرسم الذى يستأديه قلم الكتاب ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ انما يجىء بمناسبة الالتجاء الى القضاء فى طلب أو حقوق تعرض عليها ، فهو يتولد عن هذا الطلب او تلك الخصومة ، ومن ثم فانه ينزل منها منزلة الفرع من اصله ، وينبنى على ذلك وجوب التزام ما تقتضيه هذه التبعية عند الطعن فى الحكم الصادر فى المنازعة فى أمر تقدير الرسوم ، فلا يكون الطعن فى هذا الحكم بطريق الاستئناف ممتنعا الا حيث يكون موضوع الطلب أو الدعوى غير قابل لهذا الطريق من طرق الطعن ، ولا عبرة فى هذا الخصوص بقيمة المبلغ الوارد فى امر تقدير الرسوم ، واذا كان الثابت فى الدعوى أن قوائم الرسوم موضوع النزاع صادرة فى مواد وصاية وحساب فى قضية ولاية على المال ، مما تختص المحكمة الابتدائية بالفصل فيها ابتدائيا ، عملا بالمادتين ٩٧٢/١ ، ٩٧٢/١ من الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية المضافة الى قانون المرافعات رقم ١٩٥١/١٢٦ لأن مال القاصر يتجاوز ثلاثة آلاف جنيه ، فان الحكم الصادر فى المعارضة فى هذه القوائم يكون جائزا استئنافه .

نقض ١٠/٣٨ ق (٧٢/٣/١) س ٢٣/٢٧٨

❑■❑

(المبدأ ٢) : استئناف الحكم الصادر فى المعارضة فى قائمة رسوم المحكمة الحسبية يكون بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى اصدرت الحكم (٨٧٧ مرافعات سابق) .

اذا كانت المنازعة فى قوائم الرسوم ـ امام المحاكم الحسبية ـ تنزل من قضية الولاية على المال التى استحق عنها الرسم منزلة الفرع من الأصل فان حكم المعارضة الصادر فيها ، لا يرفع بالطريق الذى نصت عليه المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات السابق بل تتبع فيه الاجراءات المنصوص عليها فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات سالف الذكر ، واذ تقضى المادة ٨٧٧ من هذا القانون بأن استئناف الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية يرفع بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى اصدرت الحكم ، فيكون

استئناف المطعون عليه للحكم الصادر فى المعارضة اذ رفع بتقرير فى قلم الكتاب ، قد تم بالطريق القانونى .

نقض ٣٨/١٠ ق (٧٢/٣/١) س ٢٧٩/٢٣

□■□

(المبدأ ٣) : جواز استئناف الأحكام الصادرة فى المعارضة فى قائمة رسوم المحاكم الحسبية ـ شرطه .

مؤدى نص المادة ٤٩ من القانون رقم ١٩٤٤/٩٠ بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية قبل تعديلها بالقانونين رقمى ١٩٥٢/٧٢ ، ١٩٥٨/٤٩ ، انه فيما عدا الأحكام الواردة بالقانون رقم ١٩٤٨/١ بشأن الرسوم أمام المحاكم الحسبية المنطبق على واقعة الدعوى قبل تعديله بالقانون رقم ١٩٦٤/٦٩ ـ والأحكام الواردة بالتعديل الذى ادخل بمقتضى القانونين رقمى ١٩٥٢/٧٢ ، ١٩٥٨/٤٩ تسرى القواعد المقررة فى القانون رقم ١٩٤٤/٩٠ على الرسوم المستحقة على مسائل الأحوال الشخصية ، وتجيز المادة ١٨ من القانون الأخير استئناف الأحكام الصادرة فى المعارضة فى قوائم الرسوم .

نقض ٣٨/١٠ ق (٧٢/٣/١) س ٢٧٨/٢٣

□■□

(المبدأ ٤) : الأصل فى الدعوى انها معلومة القيمة .

الأصل فى الدعاوى ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ انها معلومة القيمة ، و لايخرج من هذا الأصل الا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير ، فتعتبر مجهولة القيمة ، ولما كانت الدعوى الاستئنائية التى صدرت بشأنها قائمة الرسوم قد رفعت بطلب الغاء الحكم المستانف الصادر بثبوت الوفاة المرحوم ـ وان المستانف عليهما من ورثته ، وقضى فيها بالرفض وتأييد الحكم المستانف ، فانها تكون دعوى معلومة القيمة وتقدر قيمتها بنصيب المستانف عليهما فى التركة وتخضع للرسم النسبى.

نقض ٣٩/١٤ ق (٧٣/٣/١٤) س ٤١٦/٢٤

□■□

(المبدأ ٥) : دعوى ثبوت الوفاة والوراثة ابتدائية او مستانفة يستحق عليها رسم نسبى قدره ٢ ٪ مادة ٥ ق ١٩٤٤/٩١ .

تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانو نالرسوم امام المحاكم الشرعيـة رقم ١٩٤٤/٩١ الواجبـة التطبيق عملا بالمادة ١١ من القانـون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية ، على أن يفرض فى دعاوى ثبوت الوفاة والوراثة ابتدائية كانت أو مستأنفة رسم نسبى قدره ٢ ٪ . ولما كان القانون رقم ١٩٦٤/٦٧ الذى عدل الفقـرة الأولى سالفة الذكـر ، وجعل الرسم النسبى المستحق على دعاوى الوفاة والوراثة ١ ٪ لا يسرى على قائمـة الرسوم موضوع النزاع ، لأن هذا القانون لا يعمل به الا من تاريخ نشره فى ١٩٦٤/٣/٢١ والثابت فى الدعوى أن الاستئناف الصادر بشـأنه قائمة الرسـوم قد رفع قبـل تاريخ العمل بالقـانون المـذكور ، وكان الحـكم المطعون فيه قد التزم هـذا النظـر ، فان النعى عليـه بالخطـأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس .

نقض ٣٩/١٤ ق (٧٣/٣/١٤) س ٢٤ /٤١٦

□■□

(المبدا ٦) : تقدير الرسوم المستحقة على حصة الوارث او الورثة رافعى الدعوى .

تقضى الفقرة السابعة من المادة ٦٤ من القانون ١٩٤٤/٩١ بأن الرسوم النسبية تقدر فى دعوى ثبوث الوفاة والوراثة باعتبـار حصـة الوارث أو الورثة الذين يطلب الحـكم بوراثتهم ، واذا كان الثابت فى الدعوى أن قلم الكتاب قدر الرسم النسبى على أساس نصيب رافعى دعوى الوراثة فيما تركه مورثهما طبقا لتقدير مصلحة الضرائب ، وكانت الطاعنة لم تنـع بأن التقدير الذى أخذ به قلم الكتاب فى تسوية الرسم يزيد عن القيمة الحقيقة للتركة ، فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون .

نقض ٣٩/١٤ ق (٧٣/٣/١٤) س ٢٤ /٤١٦

□■□

رضـــاع (١)

(المبدا ١) : الأم لا تجبر على ارضاع ولدها ، لأن امتناعها دليل على عدم قدرتها على ذلك . ولكنها تجبر على ارضاعه فى ثلاث حالات :

المنصوص عليه أن الأم لا تجبر على ارضاع ولدها لأن امتناعها دليل على عدم قدرتها على ذلك ، نظرا لوفور شفقتها . ولذا قال تعـالى (وان تعاسرتم فسترضع له أخرى) وذلك فيما عدا الأحـوال الثلاثة التى تجبر فيها الأم على أرضاع الصغير وهى : أولا : اذا لم يكن للولـد ولا أبيه مال يستاجر به مرضعة ولم توجد متبرعة . ثانيا : اذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها . ثالثا : اذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها . قال ابن عابدين فى الجزء الثانى ص ٩٢٩ ما يأتى : « وليس على أمه ارضاعه قضاء بل ديانة الا اذا تعينت فتجبر كما مر فى الحضانة فيستأجر الأب من ترضـعه عندهـا ، وقال فى الحاشية تعليقا على قوله وليس على امه اى التى فى النكاح الأب أو المطلقة ، وقال تعليقا على قوله الا اذا تعينت بأن لم يجد الأب من ترضعه أو كان الولد لا يأخذ ثدى غيرها أو لم يكن للأب ولا للولد مال » .

٤٥/١٧٢٣ الزقازيق (٤٦/٩/٩) م ش ١٩٦/١٩

□■□

(المبدا ٢) : المنصوص عليه شرعا ان الأم لا تستحق اجرة الرضاع ما دامت زوجة او معتـــدة من طلاق رجعى ــ فان كانت معتـــدة من طلاق بائن استحقت الأجر متى طلبته غير مستند الى تاريخ سابق .

---

(١) الرضاع بفتح الراء ، وهو الاصل وبكسرها ، وهو لغة مص اللبن من الثدى . وفى الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص ــ وهو ان يكون صبيا رضيعا ــ من ثدى مخصوص ــ وهو ثدى الادمية ــ فى وقت مخصوص ــ اى مدة الرضاع .

سبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق فى حرمة المصاهرة ، وكما ان الاعلاق أمر خفى وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطء ، كذلك نشوز العظم وانبات اللحم امر خفى وله سبب ظاهر وهو الارضـاع فاقيم مقـامه . (واجـع فتح القدير ص ٣) .

المنصوص عليه شرعا فى اجرة الرضاع أن الأم لا تستحقها على الأب ولو استأجرها لذلك متى كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعى اجماعا واختلف الفقهاء فى معتدة البائن ، والعمل على عدم استحقاقها حتى لايضار الوالد بالجمع بين أجرة الارضاع ونفقة العدة فى وقت واحد ، فاذا انقضت العدة استحقت الأجر متى طلبته غير مستندة الى تاريخ سابق لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن — الآية » (١) .

٣٨/٩٨٠ كرموز (٣٩/٣/٢٩) م ش ١١/٥/٦٠

□■□

(المبدأ ٤) : المنصوص عليه شرعا ان المطلقة رجعيا لا تستحق اجرة الحضانة والرضاع من مطلقها ما دامت فى عدته وانها تستحقها بعد انقضائها .

من حيث ان المنصوص عليه شرعا عدم استحقاق المطلقة رجعيا أجرتى حضانة وارضاع ولدها من مطلقها مادامت فى عدته واستحقاقها لهما بعد انقضاء العدة (ص ٦٥٤ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين) .

٣٧/٧٦ فوة (٣٨/٢/٦) م ش ١٥٤/٩

□■□

(المبدأ ٥) : معتدة الطلاق (رجعيا او بائنا) المفروض لها نفقة عدة لا تستحق اجرة الحضانة ولا الرضاع وحكمها فى ذلك حكم الزوجة .

ان الراجح فى المذهب أن الزوجة والمعتدة مطلقا لا تستحق أجرة حضانة ولا رضاع ، فقد جاء فى باب الحضانة من الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٨٧٦ عند قول المتن (وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه) لأن نفقة الصغير لما وجبت على ابيه ، لو غنيا والا فمن مال الصغير ، كان من جملتها الانفاق على حاضنته التى حبست نفسها عن التزوج لأجله ، ومثلها أجرة ارضاعه فلم تكن أجرة

---

(١) اكثر المشايخ على ان مدة الرضاع فى حق الاجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين اجماعا وتستحق فيهما اجماعا . (راجع ص ٩٣١ من ابن عابدين جزء ٢) .

(٢) ارضاع الولد واجب على امه مادام الاب ينفق عليها فلا يحل لها اخذ الاجرة مع وجوب نفقتها عليه وفى أخذها من مال الصغير اخذ للاجرة على الواجب عليها مع استغنائها (ص ٩٣٠ جزء ٢ من ابن عابدين) .

خالصة من كل وجه حتى ينافيها الوجوب بل لها شبه الأجرة وشبه النفقة فاذا كانت منكوحة او معتدة لأبيه ، لم تستحق أجرة على الحضانة ، ولا على الارضاع ، لوجوبهما عليها ديانة ولأن النفقة ثابتة لها بدونهما بخلاف ما بعد انقضاء المعدة فانها تستحقها عملا بشبه الأجرة وعن هذا كان الأوجه عدم الفرق بين معتدة لرجعى والبائن كماهو مقتضى اطلاق الكنز وظاهر الهداية ترجيحه وقد ذكر مثل ذلك فى باب الرضاع من الكتاب المذكور عند قول المتن (أو معتدة رجعى) وجاز فى البائن فى الأصح حيث علق عليه بأن (الاوجه عدم الفرق بين الرجعى والبائن) هذا من جهة ومن جهة ثانية فان المحاكم قد اختلفت فى الحكم بأجرة الحضانة والرضاع عن مدة ماضية فبعضها حكم بها والبعض الآخر منعها وترى المحكمة من ظروف المتداعيين ومن النصوص الشرعية الخاصة بعدم فرض اجرتى الحضانة والرضاع للمعتدة مطلقا الأخذ بعدم فرضها عن مدة ماضية .

٣٨/٧١ فاقوس (٣٨/١١/٢٦) ت س م ش ٧٥٧/١٠

□■□

(المبدا ٦) : علة عدم اعطاء الزوجة او المطلقة وهى فى العدة اجر حضانة ورضاع ومسكن .

العلة فى عدم اعطاء الزوجة او المطلقة وهى فى العدة أجر حضانة ورضاع ومسكن هو عدم الجمع بين اخذها نفقة لها والأجور المذكورة ، فاذا كان الزواج القائم عرفيا والزوجة ممنوعة بحكم القانون من الحصول على نفقة لها من طريق الادعاء لحكمه على دعواها بانها غير مسموعة ــ فقد امتنعت عله الجمع ولا مانع من فرض أجر حضانة ورضاع ومسكن فى هذه الحالة .

٣٨/٢٤١٦ السيدة (٢٩/١٠/٢٣) ت س م ش س١١/٦/٦٢

□■□

(المبدا ٧) : لا يستاجر الأب امه لو منكوحة .

قال ابن عابدين ص ٩٣٠ فى الرضاع تعليقا على قول الشارع « لا يستاجر الأب امه لو منكوحة » علله فى الهداية بأن الارضاع مستحق عليها ديانة : الى أن قال والحق أنه تعالى أوجبه عليها مقيدا بايجاب رزقها على الأب بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ففى حالة الزوجية والعدة هو قائم برزقها بخلاف ما بعدها فيقوم الأجر مقامه قلت وتحقيقه أن فعل الارضاع واجب عليها ومؤنته على الأب لأنها

من جملة نفقة الولد ، ففي حال الزوجية والعدة هو قائم بتلك المؤنة لا بعد البينونة فيجب عليه بعدها . فالنصوص صريحة فى أن عدم استحقاق المنكوحة والمعتدة لأجرتي حضانة الصغير وارضاعه سببه وجوب نفقتها ورزقها على الأب حتى لا يضار بكثرة المرتبات ـ اما اذا كانت ممنوعة من النفقة استحقت ذلك حتى لا تضار بالمنع من النفقة والمنع من الأجر .

٢٣/٤٢١ السنطة (٤٢/٤/٢٧) م ش ٦٦/٢/١٦

□■□

(المبدأ ٨) : تستحق الأم أجرة ارضاع الصغير بعد الطلاق وانقضاء العدة بخلاف ما اذا كانت الزوجية او العدة قائمة .

تستحق الأم أجرة الارضاع بعد الطلاق وانقضاء العدة بالاتفاق وتكون على الأب لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن » أما وقت قيام الزوجية أو العدة فلا أجر لها على ارضاعها للصغير لأن هذا واجب عليها لا على الأب لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » وان كانت الآية عامة فتشمل ما قبل العدة وما بعدها الا أن الآية الثانية قيدتها بما قبل انقضاء العدة كما نص على ذلك فى الدر المختار ورد المحتار بقوله لا يستأجر الأب امه لو منكوحة ولو من مال الصغير خلافا للذخيرة والمجتبى أو معتدة رجعى ، وعلق عليه فى الحاشية بالآتى : علله فى الهداية بأن الارضاع مستحق عليها ديانة لقوله تعالى : « والوالدات يرضعن » فلا يجوز أخذ الأجر عليه واعترضه فى الفتح بجواز أخذ الآجر بعد انقضاء العدة مع أن الوجوب فى الآية يشمل ما قبل العدة وما بعدها ثم قال والحق أنه تعالى أوجبه عليها مقيدا بايجاب رزقها على الأب لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن » ففى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها بخلاف ما بعدها فيقوم الأجر مقامه جزء ٢ ص ٩٣٠ .

٤٣/٢٢٧ كوم أمبو (٤٤/٦/٢٩) م ش ٢٥٧/١٠/١٦

□■□

(المبدأ ٩) : للأم حق المطالبة باجر ارضاعها لولدها بعد الارضاع بدون احتياج الى عقد اجارة سابق على مباشرتها للارضاع .

الصحيح أن للأم المطالبة بأجرة ارضاعها لابنها بعد الارضاع بدون احتياج الى عقد أيجارة سابق لمباشرتها للأرضاع لقوله تعالى : « فان ارضعن لكم فاتوهن أجورهن » فهذه الآية عامة وقد ذكر فى ابن عابدين جزء ٢ ص ٩٣١ وللأم أجرة الارضاع بلا عقد ايجارة وعلق فى الحاشية بقوله : بل تستحقه بالارضاع فى المدة مطلقا كذا فى البحر ، ومن هذا تبين أنها

تستحق اجرة الارضاع بمجرد مباشرتها له سواء حصل عقد ايجارة أم لا، طالبته به وقت الارضاع أو بعده ، متى كانت غيرمنكوحة ولا معتدة بصريح النصوص المتقدمة .

ق ٤٣/٢٣٧ كوم امبو (٤٤/٦/٢٩) م ش ٢٥٧/١٠/١٦

□■□

(المبدأ ١٠) : تستحق الأم اجرة الارضاع عن المدة الماضية ولو من غير عقد اجارة مع الأب .

وبما أن المدعية طلبت اجرة ارضاع عن المدة الماضية لأنها ارضعت طفلها فلا مانع من ذلك لأن هذه الأجرة لا يتوقف استحقاقها على عقد ايجارة مع الاب بل تستحقها الأم بالارضاع فى مدته لأن هذه أجرة خاصة لوحظ فيها اعتبارات لم توجد فى سائر الأجر كورودها على استهلاك عين اللبن مع ان الايجارة من المنافع وقد نصوا على فساد كل أجرة تقع على العين وقد وقعت الايجارة فيها على استهلاك لبن الآدمى وجاز بيعه وهو من الأعيان غير المقومة وقد صار مقوما واعتبر بيعه ايجارة وقد استحقت المرضع الأجر مع وجوب الارضاع عليها ديانة لقيامها بعمل مستحق عليها شرعا واستحقت أجرة الارضاع وان لم تعمل بنفسها وجاز للمسلمة أن تؤجر نفسها لارضاع ولد الكافر مع منعهم خدمتها ولد الكافر ، وقد نصوا على أن موت الرضيع لا ينقض هذه الايجارة مع ان موت أحد المتعاقدين ينقض غيرها من الايجارات وهكذا كما نص على ذلك فى كثير من معتبرات كتب المذهب .

٩٣٢/٢٣٥٠ الجمالية (٣٣/١١/٢٣) م ٢٦٤/٨/٨

□■□

(المبدأ ١١) : لا مانع شرعا من فرض اجرتى الحضانة والرضاع لمدة سابقة على يوم الحكم وعلى القاضى اجابة الحاضنة والمرضع الى ذلك متى تبين له انهما لم تكونا متبرعتين بعملهما .

اسناد اجرتى الحضانة والرضاع الى تاريخ سابق فمبدأ المحكمة جوازه أما أجرة الرضاع فلأن مناط استحقاقها الارضاع عملا بقوله تعالى : « فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن » فحيثما تحقق الارضاع فى المدة وجب الأجر ولذا قالوا بوجوبها بلا عقد ايجارة وأما أجرة الحضانة فان من يتتبع أحكامها لا يكاد يجد خلافا بينها وبين اجرة الرضاع فى شىء منها وذلك أن عدم النص على جواز الاسناد فيها قاض بالجواز فان قيل ان أجرة الحضانة من نفقة الصغير كما ورد فى بعض عبارات الفقهاء فقد ورد

مثل ذلك أيضا عن أجرة الرضاع ، وفى الحق ان كلتا الأجرتين ليست بنفقة على الحقيقة ولكنها فى بعض الأحكام ذات شبهة بها سوغ التعبير على الجملة بانها من النفقة ولو ان اجرة الحضانة من النفقة على معنى التزامها أحكام النفقة لهدم جانب كبير من نصوص المذهب القاضية باختلافهما فى كثير من الأحكام ولكانت أجرة الرضاع أولى بذلك فان أجرة الحضانة جزاء على عمل لا علاقة له بغذاء الصغير البتة ــ أما اجرة الرضاع فتكاد تكون بدلا من تغذية الصغير بلبن المرضع ـ واذا تقرر هذا فقد ثبت جواز الاسناد وفى الأجرتين معا ــ غير اننا لا نرى أن نخضع استحقاق الأجرتين بالفعل لهذا المبدأ وحده بحيث يقضى لكل حاضنة بالاسناد فى طلبه بل نرى اجازة مبدأ الجواز فقط على أن يكون المبدأ فى الاسناد الفعلى النظر فى خصوص الوقائع فاذا ما تبين أن الحاضنة أو المرضع لم تقم بعملها (١) الا وهى تريد الأجر بحيث لم تكن متبرعة بما فعلت من قبل قضى لها بالاسناد والا فلا ، وهذا المبدأ الثانى ، تمليه روح فقهية تقرر اعتباره فى أجر النظر على الوقف وغيره .

٣٠/٢٣٤ السـ ويس (٢١/١٠/١) م ش ٦٣٢/٩

□■□

> **(المبدأ ١٢) : اذا اسندت معتدة الطلاق البائن طلب اجرة الرضاع الى تاريخ سابق ، فان كان هناك تراضى ــ او حكم قاض فالأمر ظاهر ــ والا فان كان ذلك الماضى ليس محلا لاستحقاق الأجر بان كانت زوجة او معتدة طلاق رجعى فلا اجر لها وان كان محلا للأجر فللفقهاء قولان ــ الأول: انها تستحق اجر الارضاع ولو من غير عقد سابق ــ الثانى : انها لا تستحق ما لم تكن متعاقدة ولترجيح احد الرايين .**

---

(١) دليل اثبات الرضاع عند الانكار شهادة عدلين أو عدل وعدلتين . قال فى الدر : والرضاع حجته حجة المال وهى شهادة عدلين او عدل وعدلتين وعلق فى رد المحتار على « قوله حجته » اى دليل اثباته وهذا عند الانكار لانه يثبت بالاقرار مع الاصرار « وقوله وهى شهادة عدلين » أى من الرجال وافاد انه لا يثبت بخبر الواحد امرأة كان أو رجلا قبل العقد أو بعده وبه صرح فى الكافى والنهاية تبعا لما فى رضاع الخانية لو شهدت به امرأة قبل النكاح فهو فى سعة من تكذيبها لكن فى محرمات الخانية ان كانت قبله والمخبر عدل ثقة لا يجوز النكاح وان بعده وهما كبيران فالاحوط التنزه وبه جزم البزازى معللا بأن الشك فى الاول وقع فى الجواز وفى الثانى فى البطلان والدفع اسهل من الرفع ـ «وعدلتين» أى ولو احداهما [illegible] على فعل نفسها لانه لا تهمه فى ذلك وأضاف ان ما فى شرح [illegible] شهادة المرضعة عند ابى حنيفة واصحابه فالظاهر ان المراد اذا كانت [illegible]

[illegible] باب الرضاع) .

اختلف الفقهاء فذهب ابن عابدين وصاحب البحر الى أن الأجر تستحق بمجرد الارضاع بلا عقد ايجارة ، فقد جاء فى الدر فى باب النفقة وللام اجرة الارضاع بلا عقد ايجارة « وعلق عليه فى المختار بقوله : بل تستحق بالارضاع فى المدة مطلقا كذا فى البحر اخذا من كلامهم وذهب المقدسى الى وجوب اشتراط العقد ، فقد جاء فى الرمز شرح نظم الكنز عن المقدسى بأن الظاهر اشتراط العقد ، ومن قال بخلافه فعليه اثباته ، فهذان رأيان ولا ثالث لهما ، ومن حيث انه لا خلاف فى ان مؤنة الارضاع أجرة لا نفقة جاء فى الذخيرة ان اجرة الرضاع لا تسقط بالمدة لانها اجرة وليست بنفقة فهى دين صحيح لا يسقط الا بالقضا أو الابراء واذا تبين انها أجرة فيجب لترجيح احد الرايين الرجوع الى القواعد التى نص عليها الفقهاء رضوان الله عليهم فى الأجرة واستحقاقها ، وبذلك يتبين قيمة استظهار صاحب البحر وابن عابدين وما رآه المقدسى ومستورد بعض النصوص ومراجعتها – جاء فى شرح الدر من باب فسخ الايجارة استأجر دارا أو حماما أو أرضا شهرا فسكن شهرين هل يلزم بأجر الثانى – ان معدا للاستغلال فنعم والا لا وبه يفتى – قلت فكذا الوقف ومال اليتيم وكذا لو تقاضاه المالك وطالبه بالأجر فسكن يلزمه الأجر لسكناه بعده ، وجاء فى الهندية فى الباب الثامن من كتاب الايجارة : « اذا سكن الرجل ابتداء من غير عقد فان كانت الدار معدة للاستغلال لا يجب الأجر الا اذا تقاضاه صاحب الدار بالأجر وسكن بعد ما تقاضاه لأن سكناه حينئذ يكون رضاء بالأجر ، وجاء من الكتاب المذكور – وان انقضت الايجارة ورب الدار غائب فسكن المستاجر بعد ذلك سنة لا يلزمه الكراء لهذه السنة لأنه لم يسكنها على وجه الايجارة ، فهذه النصوص ونظائرها تفيد أن الأجرة يتوقف استحقاقها على العقد حقيقة او دلالة .

ق ٣٨/٦٨٥ كرموز (٣٩/٣/٢٩) م ش ٦٠/٥/١١

□■□

(المبدأ ١٣) : ما دامت اجرة الحضانة تقاس على اجرة الرضاع فلا يجاب طلب اجرة الحضانة عن مدة ماضية لمعتدة الطلاق البائن ان كان ذلك الماضى محلا لاستحقاق الأجرة الا اذا كان هناك عقد على الأجرة حقيقة او دلالة .

حيث أن أجرة الحضانة كأجرة الرضاع لكمال التشابه وتمام الاتصال بينهما ولأن الشيخ المهدى اقر قياسا عليها واذن فيجب الرجوع فى استحقاقها الى تلك الوقائع ومنها يتضح انها لا تستحق عن مدة ماضية الا بالقضاء أو الرضاء ويؤيد ذلك ما جاء فى الفتاوى الهندية ص ٣٦٥ سئل

عن بنت تجـاوزت سن الحضـانة ولم يفرض لها نفقـة ولا اجرة حضانة بالقضاء أ والتراضى فاجاب تضم البنت للأب ولا نفقة للبنت بغير القضـاء او الرضاء ولا اجرة حضانة عن المدة الماضية بعد انتهاء سن الحضانة » — هذا هو الفقه .

٣٨/٩٨٥ كرموز (٢٩/٣/٣٩) م ش ٦٠/٥/١١

□■□

(المبدأ ١٤) : اجرة الرضاع عن مدة ماضية بلا عقد لم يعلم فيها نقل خاص عن ائمة المذهب واقتصر البحث فيه على الاستظهار فصاحب البحر استظهر من كلامهم ان وجوب اجرة الرضاع لا يتوقف على عقد ايجارة مع الأم بل تستحقه بالارضاع مطلقا واستظهر المقدسى اشتراط العقـد وأيد ابن عابدين صاحب البحر فى استظاره .

صاحب البحر استظر ان وجوب اجرة الرضاع لا يتوقف على عقـد ايجـارة ، والمقدسى استظر اشـتراط العقد ، والمرجع فى ترجيح احـد الاستظهارين على الآخر هو تطبيق قواعد الأجرة أو استحقاقها ، وقد جاء فى الهندية : (اذا قال للحمال احمل هذا الى بيتى او قال للخياط خطه ان كان الخياط معروفا بانه يخيط بأجر والحمال كذلك يجب الأجر والا فلا)، وان مدار استحقـاق الحمال والخيـاط للأجرة بلا عقـد هو عرفان انهما لا يعملان لصاحب المتـاع والثوب الا بأجر ، والمعروف للزوج وقـد طلق زوجته كارها لها او كارهة له وانقضت عدتهـا وانقطع بينهما حبل المودة وانمحت روابط المحبـة انها لا تجامله بخدمة ولده وارضـاعه بلا أجر ، فتركه الولد فى يدها مع علمه بانتفاء التبرع من جانبها تعاقد ضمنى معها على أن تكون خدمتها لولده وارضـاعها له بأجر وما أشبه العلاقة بينهمـا بعلاقة صاحب المتاع بالحمال وقد سـلم اليه متاعه لحمله وهو يعلم أنه لا يحمله بغير أجر وبهذا يكون استظهار صـاحب البحر متمشيا مع روح النصوص فى الايجارة .

٤٢/٧٢١ جرجا (٣/٧/٤٣) م ش ٢٦٧/١٥

□■□

(المبدأ ١٥) : اجرة الرضاع تجب عن مدة ماضـية ولا تتوقف على عقد ايجارة مع الأم .

المنصوص عليه فقهـا أن اجرة الرضـاع تجب عن مدة ماضـية ، ولا تتوقف على عقد ايجارة مع الأم بل تستحق بالارضاع فى المدة ولا تسقط

بموت الصغير بل هى اسوة الفرماء ، وقيست عليهـا أجرة الحضـانة فى الصحيح .

١١٨/٥١ ك س المنيا (٥١/٦/٢٠) م ش ٤٨٤/٢٢

□■□

(المبدا ١٦) : الابراء من اجرتى حضانة ورضـاع الصغير ، ان كان قبل الفرض صحيح لكونه بعوض وهو الطـلاق لأنه اسـتيفاء للشىء قبل وجوبه قيـاسا على الابراء من نفقة العدة نظير الخلع لاتحـاد العلة فيهمـا ولورود فروع فى المذهب تؤيده .

ان الابراء من أجرتى الحضانة والرضاع باطل قبل فرضهما ولكنـه جائز هنا لأنه بعوض لأنه استيفاء للشىء قبل وجوبه قياسا على الابراء من نفقة العدة نظير الخلع لاتحاد العلة فيهما لورود فروع فى المذهب تؤيده ومن تم كان استثناء الابراء من نفقة العـدة فقط نظير الخلع من قاعدة (الابراء قبل الفرض باطل) قاصر (ص ٨٩٩ جزء ٢ من الدر المختار) ـ ويجب أن يشمل كل ابراء بعوض حتى تسـتقيم القواعد الفقهية ولا تتضـارب مع الفروع الواردة فى الكتب المعتبرة فى المذهب .

٢١/٢٤١ ابنوب (٣٢/٣/١٢) م ش ٩٢/٤/١٢

□■□

(المبدا ١٧) : الابراء من اجرة الرضاع والحضـانة والمسكن صحيح وان لم تعين مدته ويحمل فى كل على مدته .

حيث ان المدعية قـد ابرات من اجرة الرضاع والحضـانة والمسكن عوضـا عن الطـلاق ولم يصرح التعـاقد بمـدة فيحمل فى الرضـاع على السنتين (١) وفى الحضانة على سن الحضـانة المقرر شرعا وقانونا بسـبع

---

(١) قال فى الدر وهو حولان ونصف عنده (عند أبى حنيفة) وحولان فقط عندهما (ابو يوسف ومحمد) وهو الأصح ـ فتح وبه يفتى كمـا فى تصحيح القدورى ـ وقد استدلوا لقول الامام بقوله تعالى : وحمله وفصاله ثلاثون شـهرا أى مدة كل منها ثلاثون شـهرا الى أن قال والآية مؤولة لتوزيعهم الأجل على الأقل والأكثر فلم تكن دلالتها قطعية ـ واضاف :لكن فى آخر الحاوى فان خالفا قيل يخير المفتى والأصح أن العبرة لقوة الدليل

للغلام وتسع للجارية وتعتبر هذه المدة هى الأساس لما وقعت البراءة عنه تصحيحا للتعاقد أما ما فوق هذه المدة مما خوله القانون للقاضي فهو مقول بالتشكيك قد يكون وقد ينتفى فلا يصلح أساسا ولا يشمله التعاقد ولا يتناوله الابراء ويحمل المسكن « بقرينه المقام » على مسكن الحضانة فيتأقت بمدتها .

٤٣/١١٠ ك س طنطا (٤٣/١٢/٢٢) م ش ١٥٧/٦/١٦

□■□

(المبدأ ١٨) : المرضع تستحق اجرة الارضاع فى المدة الماضية ولو من غير عقد ايجارة مع الأب بل تستحقها بنفس الارضاع فى مدته .

ثبت ان المرضع أرضعت البنت فى هذه المدة فتستحق اجرة الارضاع فيها ولا يتوقف ذلك على عقد ايجارة مع الأب لأن هذه اجرة خاصة لوحظ فيا اعتبارات لم توجد فى سائر الايجارات كورودها على استهلاك عين اللبن مع ان الايجارة من المنافع وقد نصوا على فساد كل اجرة تقع على العين وقد وقعت الايجارة فيها على استهلاك لبن الآدمى وجاز بيعه وهو من الأعيان غير المقومة وقد صار مقوما واعتبر بيعه ايجارة واستحقت المرضع الأجر مع وجوب الارضاع عليها ديانة لقيامها بعمل مستحق عليها شرعا واستحقت الظرء اجرة الارضاع وان لم تعمل بنفسها وجاز للمسلمة ان تؤجر نفسها لارضاع ولد الكافر مع منعهم خدمتها لولد الكافر ، وقد نصوا على أن موت أبى الرضيع لا ينقض هذه الايجارة مع ان موت أحد المتعاقدين ينقض غيرها من لايجارات وهكذا كما نص على ذلك فى كثير من معتبرات كتب المذهب كالجزء الرابع من البدائع صفحات ١٧٥ ، ١٩٢ ، ٢٠٢ والجزء الثانى من رد المحتار ص ٦٩٤ والجزء الخامس منه صفحتى ٣٤ ، ٣٥ والجزء الرابع من البحر صفحة ٢٢٣ والجزء الأول من الفتاوى

=

ـ وقال فى رد المحتار تعليقا على العبارة الأخيرة « قال فى البحر ولا يخفى قوة دليلهما فان قوله تعالى : « والوالدات يرضعن » الآية يدل على ان : لا رضاع بعد التمام وأما قوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراضى منهما فانما هو قبل الحولين بدليل تقييده بالتراضى والتشاور وبعدما لا يحتاج اليهما ـ وأما استدلال صاحب الهداية للامام بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا بناء على ان المدة لكل منهما كما مر فقد رجع الى الحق فى باب ثبوت النسب من أن الثلاثين لهما للحمل ستة اشهر والعامان للفصال ا. هـ.
: راجع ابن عابدين جزء ثان ـ باب الرضاع] .

المهدية صفحة ٣٢٨ ، واعتمادهم فى ذلك على الآية الكريمة (فان ارضعن لكم فاتوهن) فقد تعلق استحقاق الأجرة على نفس الارضاع لأن تعليق الحكم بمشتق يؤذ نبعلية ما منه الاشتقاق فمتى حصل الارضاع استحقت المرضع الأجرة لقيامها بأمر جلل لولاه للحق الرضيع عناء ربما ادى الى هلاك نفسه .

٣١/٢٧٨٨ (٣٣/١/١٧) ت س م ش ٧٩٣/٤

□■□

(المبدأ ١٩) تسقط اجرة الرضاع بعد بلوغ الرضيع حولين كاملين .

ان أجرة الرضاع تسقط شرعا بعد بلوغ الرضيع حولين كاملين ، ولا حق للمرضعة بعدها فى المطالبة .

٩٣١/٢٣٧ سنورس (٣١/١٢/٢٣) ت س م ش ١٥٤/٥

□■□

(المبدأ ٢٠) : الأجور تسقط بزوال اليد ولا تنتقل بل تستقر بفرض جديد .

الأجور تسقط بزوال اليد ولا تنتقل بل تستقر بفرض جديد ولا كذلك النفقة والأب يجبر على اداء نفقة الصغير التى وقع عليها الخلع عند اعسار من خالعته عليها ولا كذلك الأجور الى غير ذلك من الأحكام التى توفرت فيها المخالفة ، فليست الأجور نوعا من النفقة لأن النوع عند الفقهاء هو المقول على كثيرين متفقين فى الأحكام ويؤيد هذا ما جاء فى رسالة ابن عابدين عن اخذ الأجر على الحضانة للعلامة ابن عابدين ، أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد لأن الولد لا يكفيه اللبن بل يحتاج معه الى شىء آخر كما هو المشاهد خصوصا الكسوة فيقدر له القاضى نفقة غير اجر الارضاع وغير أجر الحضانة فعلى هذا يجب على الأب ثلاثة ، اجرة الرضاع وأجر الحضانة ، ونفقة الولد ، ثم علق على قوله فعلى هذا يجب على الأب ثلاثة الخ بالآتى : « اقول بل اربعة والرابع اجرة المسكن الذى تحضن فيه الصبى » .

٥١/١١٨ ك س المنيا (٥١/٦/٢٠) م ش ٤٨٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٢١) : اجرة الرضاع لا تسقط بمضى المدة ولا بموت الزوج.

ان مؤونة الرضاع اجرة لا نفقة ـ فلا تسقط بمضى المدة ولا بموت الزوج فقد نقل عن الذخيرة ان اجرة الرضاع لا تسقط بموت الزوج لأنها

اجرة وليست نفقة ونقل عن الولوالجية ايضا ان هذه الأجرة لا تسقط بموته بل تكون أسوة الفرماء .

٣٢/٧٢١ جرجا (٤٣/٥/٣) م ش ٢٦٧/١٥

□■□

(المبدأ ٢٢) : لا تسقط اجرة الارضاع بموت الرضيع او المرضعة او الأب .

لا تسقط أجرة الارضاع بموت الرضيع أو المرضعة او الأب ـ اما الرضيع فلأنه لا علاقة له فى وجوب الأجر اذ ان النصوص منصبة على مخاطبة المرضع والوالد فأوجبت الرضع على الأم وهى منكوحة أو معتدة بدون الماح الى الرضيع لقوله تعالى (والوالدات يرضعن) وأوجبتها على من عليه رزق المرضعة بعد الطلاق والعدة فقالت : (وعلى المولود له رزقهن) كما ان اجرة الارضاع لا تأخذ حكم نفقة الزوجية من السقوط بل تأخذ حكم سائر الديون لأنها فى نظير عمل وبناء على ذلك لا تسقط بمضى شهر مثلا ولا بموت الأب فان ماتت الأم فلورثتها مطالبة بالأجرة ، وان مات الأب فأجرتها دين عليه تأخذها من تركته وتشارك أصحاب الديون فيها وقد ذكر فى الدر المختار ورد المحتار جزء ٢ ص ٦٦٥ الآتى : « وفى كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج بل تكون أسوة الغرماء لأنها اجرة لا نفقة » .

٤٣/٢٢٧ كوم امبو (٤٤/٦/٢٩) م ش ٢٥٧/٩/١٦

□■□

(المبدأ ٢٣) : استئجار المرضع المتزوجة لارضاع طفل الغير لا يؤثر على حق الزوج فى الاستمتاع بزوجته فى غير منزل المستاجر وان رضى الزوج بالايجار وتعهد بعدم التعرض لها فيه لعدم التعارض بين الحقين .

وحيث أنه وان جاز استئجار المرضع المتزوجة لارضاع طفل الغير الا أن ذلك لا يؤثر على حق زوجها فى الاستمتاع بها فى غير منزل المستأجر وان رضى بالايجار وليس للمستأجر أن يمنعه من غشيانها فى غير منزله الا اذا أسقط الزوج حقه فى ذلك ونزل عن جميع حقوق الزوجية فى مدة الايجارة (الدر ورد المحتار جزء خامس ص ٣٤ من كتابة الاجارة ،والهداية والعناية وتكملة فتح القدير جزء سابع ص ١٨٣ وما بعدها) وواضح من التعهد الكتابى الموقع عليه من المستانف، عليه انه لم يتنازل عن حقه ولم يلتزم الا بعدم التعرض لها فى مدة الايجارة وبعدم الذهاب اليها فى منزل

المستاجر وهذا الالزام لا يسقط حقه فى طلبها الى منزله ليتمتع بحقوق الزوجية ولا تعارض مطلقا بين الحقين .

٤٣/٣٧٨ ك س مصر (١٣/٣/٣٨)　　　　م ش ٩/٤٣٧

□■□

(المبدا ٢٤) : التحمل باجرتى الحضانة والرضا عما لم يكن نظير الطلاق ومقارنا له لا يعول عليه .

المنصوص عليه شرعا ان التحمل باجرتى الحضانة والرضاعة ما لم يكن نظير الطلاق ومقارنا له فانه لا يعتبر ـ جاء فى الجزء الأول من تنقيح الحامدية ص ٨٠ نقلا عن فتاوى الشلبى فى معرض الكلام عن التكفل بما يلزم الصغير ما يأتى : « انما صحح مشايخنا التكفل فيما اذا زوجها او طلقها لأنه يكون حينئذ واقعا بدلا عن تخليصها نفسها » .

٨٥٠/١٤٦ أسيوط (٧/٣/٤٨)　　　　م ش ٢٢/٣٦٥

□■□

رهبنـــة (١)

(المبدأ ١) : الرهبنـة نظام معترف به من الحكومة ، لا اثر له على اهلية وجوب الراهب .

الرهبنـــة ـ على ما جرى به قضـــاء النقض ـ نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر . وقد اعترفت به الحكومة اذ منحت الرهبـــان بعض المزايا فاعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية . وقد صرح الأمر العالى الصادر فى ١٨٨٣/٥/١٤ بترتيب المجلس الملى لطائفـة الأقباط الأرثوذكس وتحديد اختصاصاته بأن للرهبنـة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ووفقا لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس اهلية وجوبه ، اذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وانما يعتبر كل ما يقتنيـه الراهب بعـد انخراطه فى سلك الرهبنة ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسـية نائبا عن البيعة فى تملك هـذه الأموال اذ الأصل أن الراهب يدخل فى الدير فقيرا مجردا من كل مال كى يثقف ويربى وفقـــا لأحكام الدين على حساب الدير وهو راضى بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر اصلا ملكا للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك .وهذا الذى جرى عليـه العرف الكنسى ليس فيـه ما يخالف احكام القـانون أو مبادىء النظام العام .

نقض ٣٢/٩ ق (٦٦/٥/٣١)   س ١٢٩١/١٧

نقض ١١/٥٧ ق (٤٢/٥/١٤)

□■□

---

(١) الرهبنة هى حياة البتولية والعزلة ، أو هى عهد يقطعه الشخص بأن يعيش كافرا بنفسه فلا يمس امرأة ولا يمتلك مالا ، وينقطع لعبادة الله، ومن مقتضى ذلك ان الراهب لا يجوز له أن يتزوج لأن هناك تناقضـــا بين الزواج والترهب ، بل ان من رجال الكنيسة من اعتبر الذى يتزوج بعـد الرهبنة كمن يزنى أو كمن يتزوج مرتين .

شرائع المسيحيين لم تأخذ كلهـا بنظام الرهبنــة . (راجع الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين للدكتور احمد سلامة ـ الطبعـة الرابعة سنة ١٩٦٥ ـ ص ٥١٨ وما بعدها) .

ز

زمانة

زواج

زمانه

(المبدأ ١) : الزمانة هى العاهة المانعة من الكسب .

الزمانة : (أى العاهة المانعة من الكسب) .

٢٩/٨٦ شبرا خيت (٣٠/١/١٦) م ش ٥٣٧/١

□■□

(المبدأ ٢) : ما تتحقق به الزمانة .

ان الزمانة شرعا تتحقق باحدى اشياء : العمى وفقد اليدين او الرجلين أو اليد والرجل من جانب والخرس والفلج كما فى الدر المنتقى وكذا العته (نقصان العقل) وزاد فى المنتقى والمختار : أو لا يحسن الكسب لحرفه (وهو عدم معرفة عمل اليد) او لكونه من ذوى البيوتات وأبناء الكرام لا يجد من يستأجره كما فى الفتح أو يلحقه العار بالتكسب (كما فى الزيلعى) أو طالب علم ذى رشد كما فى الدر وابن عابدين ص ٩٣٩ ج ٢ .

وتعتبر الأنوثة بمجردها زمانة وعجزا والعاهة باحدى الرجلين ليست باكثر من فقدها وفقدها وحدها لا يعتبر من الزمانة المانعة من الكسب شرعا كما تقدم على أن صاحب الزمانة ان عمل واكتسب من عمله كقيام الأعمى بالعمل فى الدولاب وقيام مقطوع اليدين بدوس العنب برجليه أو الحراسة واستغنى عن الانفاق فلا وجوب ، والا فلا يكلف لأن هذه الأعذار تمنع عن الكسب عادة فلا يكلف به (ابن عابدين ص ٩٤٨ ج ٢) .

٢٩/٨٦ شبرا خيت (٣٠/١/١٦) م ش ٥٣٧/١

□■□

(المبدأ ٣) : الأنوثة بمجردها عجز .

ان المدعيه وان كانت فى حكم الزمنى لأنها انثى والأنوثة بمجردها عجز كما ذكر الفقهاء .

٣٤/٢٦٤ ك س الزقازيق (٣٥/٣/٣١) م ش ٧٣٩/٦

□■□

زواج

(المبدأ ١) : الوعد والاستيعاد لا ينعقد به الزواج .

من المقرر شرعا أن الوعد والاستيعاد لا ينعقد به زواج وأن الزواج لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته الى المستقبل .

١٠/٢٩ ق (٦٤/١/١٧) س ١٣/٧٣

□■□

(المبدأ ٢) : اهلية المتعاقد لمباشرة عقد الزواج يجب على المأذون التحقق منها .

مما لاشك فيه ان اهلية المتعاقدين لمباشرة عقد الزواج من أول ما يجب على المأذون التأكد منها والحتقق من وجودها واتصافهما بها قبل أن يباشر عمله اذ بدون هذه الأهلية لا يسوغ له تحرير الوثيقة ولا اثبات حصول العقد فانه لا يعتبر موجودا شرعا بدونها فاذا غير المأذون فى وثيقة الزواج واثبت أن الزوج عاقل وهو ليس بعاقل فان كان معتوها أومجنونا كان ذلك تزويرا منه لأنه يعد تغييرا للحقيقة بالكتابة فيما يدخل تحت حسه وادراكه ويجب عليه أن يثبته فيما يحرره اذ يتوقف عليه صحة العقد شرعا

٣٣/١٢٤٢ ك س مصر (٣٤/٥/١٠) م ش ٥/٥٦٤

□■□

(المبدأ ٣) : الزواج الجديد ـ اثره بالنسبة للزوجة الاولى .

مفاد المادة السادسة مكررا من القانون ١٩٢٩/٢٥ أن مجرد اتمام الزواج الجديد يعتبر ضررا يجيز للزوجة الأولى أن تلجأ الى القضاء طالبة التطليق من زوجها دون حاجة الى اثبات قصد الاضرار الذى وقع من الزوج أو السماح له باثبات ان ضررا ما لم يلحق بالزوجة ذلك أن الضرر فى هذه الحالة مفترض بحكم القانون ولا يقبل اثبات العكس .

طعن ٥٢/٣٠ ق (١٩٨٣/٥/٢٤) لم ينشر

□■□

---

(١) راجع المادة ١١ مكررا مضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ التى الزمت الزوجة اثبات ما لحقها من ضرر مادى أو معنوى يتعذر معه دوام العشرة بين امثالهما ــ وبذلك لم يعد هناك ضرر مفترض من مجرد اتمام الزواج باخرى وانما يلزم اثباته .

(المبدأ ٤) : الجمع بين الأختين ـ حكمه ـ فساد زواج الثانية ـ وجوب التفريق .. المفارقة بعد الدخول ـ اثرها ـ استحقاق المهر ووجوب العدة وثبوت النسب .

من شرط صحة الزواج محلية المراة والا يقوم بها سبب من اسباب التحريم ـ ومنها الجمع بين الأختين ، والمحققون من الحنفية على أنه اذا تزوج احداهما بعد الأخرى جاز زواج الأولى وفسد زواج الثانية وعليه أن يفارقها او يفرق القاضى بينهما فان فارقها قبل الدخول فلا مهر ولا عدة ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان . وان فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب ويعتزل من امرأته حتى تنقضى عدة أختها . واذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على اعتبار عقد زواج الثانية باطلا و لايثبت به نسب فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٣/٢ ق (٦٥/٤/٢٨) س ٥١٥/١٦

□■□

(المبدأ ٥) : من شروط صحة الزواج محلية المراة .

ان من شروط صحة الزواج محلية المرأة ، والا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ، ومنها الجمع بين المراة وخالتها فهما من المحرمات من النساء حرمة مؤقتة ، والعلة فى التحريم هى أنه لو فرضت كل منهما ذكرا حرمت على الأخرى ، وبذلك فلا يصح الجمع بينهما لما هو ثابت من تحريم الجمع بين سائر المحارم بالكتاب والسنة والاجماع ، ومن ثم فهذا التحريم بهذه المثابة يعد من موانع الشريعة المستوجبة للتفريق بين الرجل والمراة المحرمة ، ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كانت محلية المراة فى عقد الزواج عامة أو أصلية كما فى الحرمة المؤبدة مما يعد شرطا لانعقاد الزواج أو محلية خاصة أو فرعية كما فى الحرمة المؤقتة مما تعد شرطا لصحته .

نقض ٣٨/١٠٢٨ ق (٦٨/٦/١٧)

□■□

(المبدأ ٦) : العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجيه والفراش ـ الشهادة على النكاح ـ شروطها .

العشرة أو المساكنة لا تعتبر دليلا على قيام الزوجية والفراش وانما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وان لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعى الشهرة الشرعية الحقيقية او الحكمية فمن شهد رجلا وامرأة يسكنان فى موضع أوبينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وان لم يحضر وقت العقد ، وهذا عند الصاحبين اما عند ابى حنيفة فلا يجوز

للشاهد أ نيشهد على النكاح بالتسامح الا ذا اشتهر شهرة حقيقة وهى ما تكون بالتواتر .

نقض ١٢/٣٦ ق (٦٨/٣/٢٧) س ١٩/ ٦١٣

□■□

(المبدأ ٧) : ان الزوجة لو اعترفت بزوجيتها للزوج بالعقد الشرعى او طلبت طلاقها منه بأى سبب كان ذلك رضى منها بهذا بالنكاح ولا تجاب الى طلبها الفسخ بعد ذلك .

وبما ان المسطور بمحضر القضية هو تنازل المدعية عن دعواها التطليق به لدالدفع بالنشوز ، وبما أن التنازل عن الدعوى لا يبطل اعتراف المقر بما اعترف به شرعا . وبما انه والحالة هذه تكون المدعية عالمة بهذا النكاح وراضية به قبل رفع هذه القضية اذ طلبت ما يترتب عليه شرعا وهو النفقة وفضلا عن ذلك فان المدعية مع أهليتها للاختيار وعلمها بالنكاح المعترف بهما فى قضية التطليق سكتت كل هذه المدة ولم تختر نفسها وسكوتها مسقط لاختيارها المدعى فى هذه القضية شرعا .

٢٩/٢٣ أبو تيج (٢٩/١٢/٢٩) م ش ١/ ٥٢٦

□■□

(المبدأ ٨) : اذا كا نالمزوج للصغيرة غير الأب والجدين الأليا ء كان لها شرعا خيار الفسخ بالبلوغ فورا ان كانت بكرا ولا يمتد علمها لآخر مجلس .

حيث قال الدر المختار وغيره من كتب المذهب فى باب الولى « وان كان الزوج للصغيرة غير الأب والجد كان لها خيار الفسخ بالبلوغ ان كانت عالمة بالنكاح أو العلم بالنكاح بعد البلوغ ويبطل هذا الخيار سكوتها وقت العلم به ولا يمتد لآخر المجلس .

٢٩/٢٣ أبو تيج (٢٩/١٢/١) م ش ١/ ٥٢٦

□■□

(المبدأ ٩) : عقد المعتوه زواجه بنفسه او بوليه الأبعد ـ عقد موقوف على اجازة الولى الأقرب .

الرأى فى المذهب الحنفى أنه اذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب ، فان عقد الزواج يكون موقوفا على اجازة الولى الأقرب ، فان اجازه نفذ والا بطل ، والاجازة تثبت بالصريح وبالضرورة وبالدلالة قولا أو فعلا ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المرحوم .. زوج المعتوه بالمطعون عليها ، وهو من أقاربه البعيدين ، واعتبر الحكم أن

الطاعن ، وهو شقيق المعتوه وولى النكاح الأقرب قد أجاز عقد الزواج دلالة بحضور مجلس العقد ، واستئجاره مسكنا لشقيقه المذكور بعد الزواج للاقامة فيه مع زوجته ، وتردده عليهما فى ذلك المسكن واستلامه لشقيقه (المعتوه) من والد زوجته ، وتأخره فى رفع الدعوى ، ولما كانت هذه الأمور لا تدخل فى مفهوم الاجازة دلالة بمعناها الشرعى ، اذ لا تحتمل أى معنى مشترك من المعانى التى وضعت لاجازة عقد الزواج ، وليست شرطا له ولا ركنا فيه ولا أثرا من آثاره ، ولا يوجد فيها معنى ثابت للاجازة ثبوتا قطعيا لا يحتمل الشك ، بل يحتمل اكثر من احتمال ، لأن سكوت ولى النكاح فى مجلس عقد زواج محجوره ، لا يكون رضا ، اذ يحتمل الرضا ويحتمل السخط ، لأن تأجير الطاعن مسكنا للمعتوه بعد الزواج وزيارته فيه واستلامه من والد الزوجة أمور يباشرها ولى النفس باعتبار أنها من لوازم ولاية الحفظ ومقتضياتها الواجبة عليه نحو محجوره أو بدافع الشفقة عليه ، ولأن مضى المدة مهما طال أمدها لا يعتبر اجازة للعقد الموقوف ، وهو ما يتعين معه حسب النصوص الفقهية الا تعتبر هذه الأمور منفردة او مجتمعة اجازة بطريق الدلالة من الولى الأقرب لعقد زواج المعتوه ، وذلك ما لم يكن قد جرى عرف مخالف اعتبرها اجازة بالدلالة .

نقض ٢٩/٧ ق (٧٣/٢/١٤) س ٣٥١/٢٤

□■□

(المبدأ ١٠) ثبوت صحة مراجعة الزوج لزوجته ــ أثره .

اذ خلص الحكم الى أن المطعون عليه الأول (الزوج الأول) قد اثبت صحة الرجعة ، فان زوجيته بالمتوفاة تظل قائمة رغم زواجها بغيره ، ويعتبر الزواج الثانى غير صحيح ، لا يثبت به توارث بين الزوجين ، ويكون ما أقرت به الزوجة فى وثيقة زواجها من الطاعن (الزوج الثانى) بانقضاء عدتها من المطعون عليه الأولى وعدم زواجها من بعده ، اقرارا يتعلق بابطال حق الغير وهو المطعون عليه الأول ، وهى لا تملكه ، فلا يعتبر ، ولا محل للتحدى بدلالة المستندات التى تشير الى اقامة المتوفاة (الزوجة) مع الطاعن لأن ذلك ليس من شأنه تصحيح الزواج الثانى .

نقض ٣٨/١٨ ق (٧٤/٥/٣١) س ١٠٥٤/٢٣

□■□

(المبدأ ١١) : لا يكسب عقد الزواج ايا من الزوجين فيما يختص بالطلاق او التطليق حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته .

لا يكسب عقد الزواج أيا من الزوجين ـ فيما يختص بالطلاق او التطليق حقا مكتسبا ومن ثم فلا يصح التحدى من احد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته .

نقض ٢٦/٥٣٢ ق (٦٣/١/٣٠) س ١٨٩/١٤

□■□

(المبدا ١٢) : شريعة الاقباط الأرثوذكس ـ الغش فى بكارة الزوجة ، يجيز ابطال الزواج .

تنص المادة ٣٦ من مجموعة سنة ١٩٥٥ الخاصة بقواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس على انه يجوز الطعن فى الزواج « اذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن ادعت انها بكر ، وثبت ان بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها » ومفاد هذا النص أن الغش فى بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج على اساس أنه غلط فى صفة جوهرية يعيب الارادة ، وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يتبين فيما بعد انها لم تكن بكرا ، ولم يكن الزوج يعلم بذلك من قبل ، على أن يثبت هو أن بكارتها قد ازيلت نتيجة سوء سلوكها ، ولما كان الثابت أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بانه تزوج من المطعون عليها وادعت انها بكر ، غير انه تبين حينما دخل بها أن بكارتها قد ازيلت ، وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه انه لم يعتد بتوافر الغش فى هذه الحالة بادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة ، وانما اشترط لذلك ان تكون الزوجة أواحد افراد عائلتها قد ادخل فى روع الزوج انها بكر وليست ثيبا ، لما كان ذلك ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

نقض ٣٩/٩ ق (٧٢/٥/٣) س ٨١١/٢٣

□■□

(المبدا ١٣) : تمسك الزوج الذى اعتنق الاسلام ببطلان زواجه استنادا الى شريعة اليهود الربانيين التى انعقد الزواج طبقا لأحكامها ـ لا يعد مرتدا عن الاسلام .

تمسك الزوج ـ المطعون ضده الذى اعتنق الاسلام ـ ببطلان زواجه من الطاعنة لعدم توافر اركانه المقررة فى شريعة اليهود الربانيين التى انعقد طبقا لأحكاما وقت أن كان موسوى الديانة لا يجعله مرتدا عن الاسلام الذى اعتنقه باشهار اسلامه .

نقض ٣٦/٢٠ ق (٦٩/٥/٧) س ٧٥٢/٢٠

(المبدا ١٤) : الزواج الحاصل قبل ١٨٩٧ ــ اثباته بشهادة الشهود وفقا للمذهب الحنفى ــ وجوب ان تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة متى كانت الدعوى مقامة من احد الزوجين .

اقامة الدعوى من غير الزوجين ، شرط سماع الدعوى .

الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون ١٩٣١/٧٨ نصتا على انه : « لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الاقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ افرنكية سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره الااذا كانت مؤيدة باوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها . ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بها المقامةمن احد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط ان تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة » يدل على أن المشرع بالنظر لما أثبتته الحوادث من أن الزواج كثيرا ما يدعى زورا طمعا فى المال أو رغبة فىالنكاية والتشهير ، ولئن لم تكن ثمة لائحة تقيد سماع الدعوى بالنسبة لوقائع الزواج السابقة على سنة ١٨٩٧ بحيث تبقى قواعد الاثبات فيها على أصلها فى انفقه الحنفى ما مؤداه ثبوت الزواج عند المنازعة بشهادة الشهود بالنصاب العادى ، الا انه اذا اقيمت الدعوى من أحد الزوجين فيكتفى فيها بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة ، اما اذا اقيمت من غيرهما بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما فلا تسمع الا اذا كانت مؤيدة باوراق خالية من شبهة التزوير ولم يورد القانون تحديدا لماهية هذه الأوراق ، فيترك امر تقديرها للقاضى .

نقض ٤٣/٣ ق (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

(المبدا ١٥) : زواج المسلمة المرتدة بغير المسلم قبل ردتها او بعدها. ــ اثره .

المقرر شرعا أن زواج المسلمة بغير المسلم ، كتابيا كان ام غير كتابى حرام باتفاق ، ولا ينعقد أصلا . كما أن المراة المسلمة اذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج .

نقض ٤٤/٩ ق (٧٥/١٢/٢٤) س ٢٦

□■□

(المبدأ ١٦) : الصداق فى الشريعة الموسوية ـ اعتبار دفعه شرط لصحة عقد الزواج ادعاء الزوجة انها لم تقبض مهرا قول تقول القرينة القانونية على عكسه .

توجب أحكام الشريعة الموسوية ان يدفع الزوج مهرا لزوجته ـ على ما نصت به المادتان ٩٨ ، ٩٩ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين ومفهومها ان دفع المهر شرط لصحة عقد الزواج وأنه تقدر بمائتى محبوب للبكر ـ فاذا ادعت الزوجة بانها لم تقبض مهرا فان القرينة القانونية تقوم على عكس هذا القول .

نقض ٢٦/٣ ق (٥٧/٦/٢٧) س ٦٥٣/٨

□■□

(المبدأ ١٧) : الزواج الباطل فى القانون المدنى الايطالى ـ انعقاده بحسن نية شرط لترتيب اثار الزواج الصحيح عليه حتى يقضى ببطلانه .

تقرير آثار الزواج الصحيح للزواج الباطل منذ ان يعقد الى أن يقضى ببطلانه طبقا للمادة ١٢٨ من القانون المدنى الايطالى مشروط بأن يكون هذا الزواج معقودا بحسن نية .

نقض ٢٥/٥ ق (٥٦/١/١٩) س ١٠٩/٧

□■□

(المبدأ ١٨) : عقد الزواج لا يكسب ايا من الزوجين فيما يختص بالطلاق او التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد ابرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص .

عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد ابرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص .

نقض ٢٨/١٧ ق (٦٠/١١/١٧) س ٥٨٣/١١

□■□

س

سنة

سفه

(المبدا ١): السفه تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا صحيحا .

السفه هو تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا صحيحا (١) وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على اساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه انه خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع . واذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على تقريرات ليس فيها ما ينبىء عن اتفاق المال واتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه اذ هى لا تنطوى على خفة واساءة استعمال الحقوق بل تكشف عن خصومة يتدافعها طالب الحجر والمطلوب الحجر عليها ولم يكن طلب الحجر الا حلقة منها فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٠/٣٤ ق (٦٦/٥/١٨) س ١١٧٩/١٧

□■□

(المبدا ٢) : السفه هو تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من الديانة غرضا صحيحا .

السفه فى قضاء النقض ــ هو تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا صحيحا ، وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على اساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه انه خفة تعترى الانسان فتحمله التصرف خلافا لمقتضى العقل والشرع ، وكان من مقتضيات السفه طبقا لذلك أن يتوفر لدى السفيه شهوة اتلاف المال نتيجة شذوذ فى طباعه فتضعف هذه الشهوة من ارادته حتى ينساق الى التصرفات غير عابىء بما قد يترتب عليها من خسارة .

نقض ٤٣/٤١ ق (٧٥/٢/١٢) س ٢٦

□■□

---

(١) ٣١/٣٣ ق (٦٦/٦/٢) س ٢٣٧/١٧
٢/٢٦ ق (٦٦/٦/٢٠) س ٦١٩/٨

(المبدأ ٣) : السفه انفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . تصرف الانسان فى كل ما يملك لزوجته واولاده الصغار سواء بعوض او بغير عوض ، لا مخالفة فيه لمقتضى العقل والشرع .

السفه هو انفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الانسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم وليس من شأن مثل هذا التصرف اتلاف المال فى مفسدة ، بل ان فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف انهم أحق أهله به ، اذ الشرع لا يحرم الانسان الخروج عن ماله حال حياته ، كلا أو بعضا ، لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول اليهم .

نقض ٢٦/٢ ق (٢٠/٦/٦٦) س ٢٢٧/٨

(المبدأ ٤) : السفه والغفلة ــ ماهية كل منهما .

السفه والغفلة يشتركان فى معنى واحد وهو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ، الا ان ذا الغفلة يختلف عن السفيه فى ان الأول ضعيف الادراك لا يقدر على التمييز الكافى بين النافع والضار فيغبن فى معاملاته ويصدر فى فساده عن سلامة طوية وحسن نية بينما الثانى كامل الادراك مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظرا لتسلط شهوة الاتلاف على ارادته .

نقض ٢٠/٤٠ ق (١٤/٥/٧٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٥) : تصرفات الانسان التبرعية لزوجته واولاده الصغار ــ انعدام دلالتها على التسلط أو الغفلة .

ليس فى خروج الانسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ــ ما ينبىء عن استئثار أو تسلط ، لأن تصرفه لهم أمر تمليه عليه العاطفة وتدفع اليه الغريزة ــ كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة ، لأن الغفلة هى ضعف الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الادارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير .

نقض ٢٦/٢ ق (٢٠/٦/٥٧) س ٦١٩/٨

□■□

(المبدأ ٦) : نفى الحكم السفه عن المطلوب الحجر عليه لأسباب مؤديه ، تقدير موضوعى النعى بالمجادلة فى تعليل تصرفات المطلوب الحجر عليه وتبريرها ــ والمنافسة فى جزئياتها على غير اساس .

لما كان الحجر فى ذاته حداً من الحدود يجب أن يدرأ بالشبهات ، وكان الحكم قد استخلص لأسباب مؤدية ، أن تصرفات المطلوب الحجر عليه للسفه فى مجموعها مبررة ، ولا خروج فيها على مألوف العرف ولا مخالفة فيها لمقتضى العقل والشرع ، فان ذلك تقدير موضوعى ينأى عن رقابة محكمة النقض ، ويكون النعى على الحكم بالمجادلة فى تعليل تلك التصرفات وتبريرها او مناقشة جزئياتها وتفاصيلها مهما اختلفت الانظار اليها ــ هذا النعى يكون على غير اساس ، ذلك أن دعوى الحجر ليست دعوى محاسبة تتسع لمثل هذه المجادلة .

نقض ٢٥/٦ ق (٥٦/١/١٩) س ١١٧/٨

□■□

(المبدأ ٧) : نفى قيام حالتى السفه والغفلة عن المحجور عليه لأسباب سائغة . انعدام الجدوى من النعى على الحكم فيما استطرد اليه تزيدا من مناقشة بعض فروض وردت فى دفاع طالب الحجر .

متى كانت محكمة الموضوع قد نفت عن المطلوب الحجر عليه قيام حالتى السفه والغفلة ، استنادا الى أن تصرفاته كانت بعوض ، وفاءا لدين شغلت به ذمته ، وانه لم يقم لدى المحكمة دليل مقنع على التبرع ، والى أن ايصاءه للكنيسة ليس فيه ما يخالف مقتضى الشرع والعقل ، لمشروعية هذا التصرف ، ولاضافته الى ما بعد الموت ، واحتفاظه بحق الرجوع فيه ــ فان هذه الأسباب سائغة ، وتؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها المحكمة من رفض طلب الحجز ، فاذا كانت المحكمة قد استطردت بعدذلك ، وناقشت تزيدا بعض الفروض التى وردت فى دفاع طالب الحجر ، فلا جدوى من النعى على ما يكون قد ورد فى مناقشة هذه الفروض من اخطاء .

نقض ٢٦/١٠ ق (٥٨/١/٩) س ٨٦/٩

□■□

(المبدأ ٨) : قيام الحكم برفض طلب الحجر على اساس ان تصرفات المطلوب الحجر عليه كانت بعوض ، وكذلك على اساس أن هذه التصرفات تبرعية وليس فيها ما ينبىء عن قيام حالتى الغفلة والسفه . النعى على الحكم فى الأساس الأول لقضائه فى غير محله .

لا يجدوى من تعييب الحكم فيما اقام عليه قضـاءه من رفض طلب الحجر ، على اعتبار أن التصرفات التى صدرت من المطلوب الحجر عليه كانت بعوض ، فى حين أنها لم تكن بعوض ، متى كان الحكم قد اقام قضاءه أيضا على اعتبار أن هذه التصرفات قد صدرت منه على وجه التبرع ، ولم ير فيها ما ينبىء عن حالتى الغفلة والسفه .

نقض ١٠/٢٦ ق (١٩٥٨/١/٩) س ٩/٧٦

□■□

(المبدأ ٩) : الصفة المميزة للسفه انها تعترى الانسان فتحمله على تبذير المال وانفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع ـ اما الغفلة فصورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الادارة والتقدير .

السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ، الا أن الصفة المميزة للسفه ، هى انها تعترى الانسان فتحمله على تبذير المال وانفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع. اما الغفلة فانها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الادارة والتقدير . فاذا كان الحكم قد قضى بتأييد قرار رفض طلب الحجر لهذين السببين ، قد اقام قضاءه على ما استخلصه هو والحكم الابتدائى بالأسباب السائغة التى اوردها من ان تصرفات المطلوب الحجر عليه الى والده واحفاده لها مايبررها وتدل على تقدير وادراك لما تصرف فيه ولا تنبىء عن سفه أو غفلة ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله .

نقض ٥/٢٧ ق (٥٨/٥/١٥) س ٩/٥٠١

□■□

(المبدأ ١٠) : عدم سريان قرارات الحجر للسفه على التصرفات السابقة على صدورها الا عند التطواطؤ والغش .

استقر قضاء النقض على أن قرارات الحجر للسفه لا تسرى الا من وقت صدورها ، ولا تنعطف على التصرفات السابقة ، الا اذا كانت قد حصلت بطريق التواطؤ والغش .

نقض ٦/٢٣ ق (٥٦/١٠/٢٥) س ٧/٨٤٧

□■□

(المبدأ ١١) : تصرفات السفيه السابقة على قرار الحجر عليه للسفيه فى ظل القانون المدنى القديم ، تبطل او تكون قابلة للابطال اذا كانت نتيجة غش او تواطؤ .

قرار الحجر للسفه وان لم يكن له اثر فى ظل القانون المدنى القديم الا من تاريخ صدور هذا القرار ، غير أن التصرفات السابقة ـ على ما

استقر عليه قضاء النقض - تبطل ،أو تكون قابلة للابطال ، اذا كانت نتيجة غش او تواطؤ كما لو كان المتصرف له قد تعامل مع السفيه ، وهو عالم بسفهه ، أو تواطأ معه فى تعامله ، لتفويت اثار حجر متوقع ، مما تتوافر معه عناصر الاحتيال على القانون . فمتى كان الحكم قد خلص بأسباب واقعية لا مطعن عليها ، الى أن من صدر له سند الدين موضوع النزاع ، كان عالما وقت صدوره ، بحالة السفه التى كان عليها المدين ، وانه كان سيىء النية اذ استغل هذه الحالة فى استكتابه له فان الحكم فيما انتهى اليه من عدم الاعتداد بهذا السفه لا يكون قد اخطأ فى القانون.

٢٣/٩٠ ق (٥٧/٤/١١) س ٤٠٤/٨

□■□

(المبدأ ١٢) : حكم تصرف السفيه فى حالة ثبوت التواطؤ والاستغلال هو بطلان اذا كان تصرفه ضارا به ضررا محضــا كما فى التبرعات وقابلا للابطال اذا كان من المعاوضات

تصرف السفيه فى ظل القانون المدنى القديم ، وهو حكم القانون الحالى على السواء - يكون فى حالة ثبوت التواطؤ والاستغلال باطلا بطلانا مطلقا اذا كان تصرفه ضارا به ضررا محضا كما هو الحال فى التبرعات ، وقابلا للابطال اذا كان من المعاوضات . فاذا كان الحكم قد قطع بأن الدين لم يكن جديا ، وان الدائن استكتب المدين سند الدين ، وهو عالم بحالة سفهه ، مستغلا بسوء نية هذه الحالة ، مما مؤداه ان السند كان تبرعا ، فان قضاء الحكم ببطلانه دون طلبه لا يكون قد خالف القانون .

نقض ٢٣/٩٠ ق (٥٧/٤/١١) س ٤٠٤/٨

□■□

(المبدأ ١٣) : تقدير تعادل ما يفيد السفيه او ذوى الغفلة من تصرفه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر مع التزاماته او عدم تعادلها عن سلطة محكمة الموضوع .

تقدير ما اذا كانت الفائدة التى حصل عليها السفيه او ذو الغفلة من التصرف الذى أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل هو مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص انعدام هذا التعادل فى التصرف الصادر الى الطاعن من أن الثمن الذى اشترى به لايتناسب البتة مع القيمة الحقيقية للعين المبيعة وقت التعاقد وكان هذا الاستخلاص من الحكم مستمدا من وقائع تؤدى اليه فانه لا معقب عليه فى ذلك .

نقض ٣٠/٤٤٤ ق س ١٦ ص ٨٣٥

□■□

ص

صـــفـو

صــــلح

(المبدأ ١) : الولد يكون صغيرا حتى يبلغ .

حيث ان الموجه الشرعى يقضى بأن الولد يكون صغيرا حتى يبلغ لا كما يقول وكيل المستانف ان وصف الصغير يزول عنه بتجاوزه سن الحضانة (يؤخذ ذلك من وسط كتاب الحضانة بالبدائع) .

٢٥/٣٩٧ ك س بنى سويف (٢٩/١٢/٢٦) م ش ١/٣٠٩

□■□

(المبدأ ٢) : للصغير فى نظر الشريعة والقانون والعرف العام حقوق على والديه فترتين من الزمن الاولى من ولادته الى بلوغ التمييز (السابعة او التاسعة) - والثانية بعد هذا الى بلوغه شرعا .

الشريعة الاسلامية والقانون والعرف جعلت للصغير حقوقا على والديه حقبة من الزمن من حياته لأنه لا يستطيع الاعتماد على نفسه لضعفه، وقسمت هذه الحقبة بينهما فترتين وأوجبت على كل واحد منهما القيام بنصيبه فيها - أما الفترة الأولى فهى من حين ولادته الى أن يبلغ سن التمييز وهى السابعة أو التاسعة ، وقد نيطت هذه الفترة بالأم وغيرها من النساء لأنها اليق با واجدر ، وهى عليها اقوى واقدر ، وأوجبت عليها فى هذه الفترة ارضاعه (ان تعينت لذلك) وملاحظته فى يقظته ونومه وليله ونهاره وذهابه وايابه وتنظيفه والعمل على تنميته والمحافظة عليه من كل ما يعرض حياته للخطر ، ولذا فانها تعاقب قانونا اذا اهملته وأصابه حرق او غرق أو دهمته سيارة أو قطار ، وجعلت من حق الأب ان يسلبه منها فى هذه الفترة اذا لم تستطع المحافظة عليه ، كما أوجبت على الوالد فى هذه الفترة أيضا ان يشترك مع الأم فى العمل على ما فيه صلاح شان هذا الصغير ، وأن يسعى من جانبه هو الآخر على ما فيه تنميته وتقوية جسمه بالغذاء والدواء والمحافظة على حياته من كل ما يعرضها للهلاك ، فلو تركه بدون غذاء أو دواء مع قدرته على ذلك كان آثما مجرما فى نظر الشريعة والقانون والعرف العام - وأما الفترة الثاية فهى التى تلى سن التمييز الى أن يبلغ الصغير شرعا وقد نيطت بالأب وغيره من الرجال وعليه زيادة على ما وجب عليه فى الفترة الأولى تعليمه فى حدود استطاعته واتمام تربيته وتهذيبه وتقويم المعوج من أخلاقه وتعويده أخلاق الرجال ، فاذا بلغ شرعا ترك وشانه لأنه أصبح يستطيع معها الاعتماد على نفسه ولولا هذا لما عاش

انسان ولما كبر صغير وهذه سنة الله فى خلقه وتشريعه لعباده ــ وبهذا يمكن بناء مجتمع انسانى صحيح تعمر به الدنيا وتسعد به الانسانية .

٥٣/٢٨٢ ك س بنى سويف (٥٤/٢/٣) م ش ٧٣/٢٥

□■□

(المبدأ ٣) : تجاوز الصغير سن البلوغ لايجعل لأحد الولاية عليه فى المطالبة بنفقته .

اذا تجاوز الصغير سن البلوغ فليس لأحد الولاية فى المطالبة بنفقته

٣٧/٧٤١ فاقوس (٢٧/١٢/٣١) ت س م س ١٠/٤٥٧

□■□

(المبدأ ٤) : الصغير يتبع خير الأبوين دينا .

الصغير يتبع خير الأبوين دينا ، فيكون مسلما لأمه المسلمة ، ولا يلزم لثبوت اسلامه بعد بلوغه صدور اشهاد بذلك بل يكفى أن يعتنق الاسلام ، ولا يرجع عنه ، ولا يؤخذ بقوله فى ذلك .

٤٩/٨٧٠ دمنهور (٥٠/٩/١٣) ت س م ش ٢٢/٤٩٣

□■□

(المبدأ ٥) : للصغير متى بلغ البلوغ الشرعى ان يخاصم ويخاصم فى غير التصرفات المالية .

للصغير متى بلغ البلوغ الشرعى،أن يخاصم ويخاصم فىغير التصرفات المالية ، يستثنى من ذلك فقط ما نص عليه فىالفقرة الخامسة من المادة٩٩ق ٧٨ سنة ١٩٣١ ونصها لا تسمع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ثمانى عشرة سنة الا بأمر منا .

٥٠/٩٩٥ شبين (٥٣/٦/١٥) ت س م ش ٢٤/١٢٣

□■□

(المبدأ ٦) : الصغير فى يد والده متى كان يعيش معه .

اذا كان الصغير يعيش مع والده ، فهو فى يده ، ولا يعد والده متنــازلا عن ضمه حتى ينقل هذا الحق لمن يلى الأب فيه ، فلا يقبل طلب الجــد ضمه فى هذه الحالة .

٣٨/٢٢ ك س بنى سويف (٣٨/١٢/١٢) م ش ١٠/٦٦١

□■□

(المبدا ٧) : الصغير المميز يصح تصرفه ان كان نافعا .

الصغير المميز يصح تصرفه ان كا ننافعا ، بلا اذن ، وان كان ضارا فلا يصح ولو اذن به الولى ، وما تردد بين النفع والضرر فصحته موقوفة على اجازة الولى ، فان اجازه نفذ ، والا بطل .

٣٣/١٠٧٤ الجمالية (٣٤/٩/١٩) ت س م ش ٩/٣٥٤

□■□

(المبدا ٨) : يمنع الأب من اخراج الصغير من بلد الحاضنة اما كانت او غيرها بلا رضاها .

المنصوص عليه شرعا ان الأب يمنع ما اخراج الصغير من بلد الحاضنة. اما كانت أو غيرها ، بلا رضاها ص ٦٦٠ جزء ٢ ابن عابدين ، وان عليه رده ص ٦٦١ منه ، ولم يتعرضوا هنا الى بعد الجهة التى يخرج اليهـا الأب او قربهـا .

٣٠/٢٩٠٩ طنطا (٣١/١١/٨) ت س م ش ٣/٣٦٩

□■□

(المبدا ٩) : التعليم قبل بلوغ الصغير سن السابعة اختيارى لايحكم معه بمصاريف مدرسية للصغير كما أن مدارس الرياض كمـالية لا يحكم بمصاريفها على من لا تسمح حالته المالية بها .

بما أن الولد قد تجاوز سن الخامسة بقليل فلا يلزم والده بتعليمه الان، ويكون تعليمه قبل السابعة أمرا مباحا له « ان شاء فعل ، وان شاء لم يفعل» القضاء لا يحكم الا بما وجب لا بما يباح ، على أن مدارس الرياض ليست مدارس تعليم بالمعنى المعروف من كلمة تعليم ، وانما هى ملاعب للاطفال يلهون فيها ويتسلون بين أترابهم بدلا من ارسالهم الى الرياض العامة او بقائهم فى البيوت واذا كانت فكرة انشـائها فكرة جميلة لتنظيف الأطفال وبعـدهم عن الحارات الا انها مشروع كمالى بحت يليق بأبناء الاغنياء القادرين على تكليفها ومصاريفها .

٣٣/٩١ السيدة (٣٤/٢/١٨) ت س م ش ٦/٧٧٧

□■□

(المبدا ١٠) : الصغير الفقير يعالج بالمجان فى الوحدات الصحيـة متى كان والده فقيرا .

الصغير الفقير يعالج بالمجان فى المستشفيات والوحدات الصحية والمراكز الاجتماعية متى كان والده فقيرا سواء اكان فى حجر والديه معا أو فى حجر والدته وحدها .

٢٨٣/ك س بنى سويف (٥٤/٢/٣) م ش ٧٣/٢٥

□■□

(المبدأ ١٠) : الصغير الفقير يعالج بالأجر متى كان والده غنيا .

الصغير يعالج بالأجر على حساب والده متى كان والده غنيا ، سواء اكان فى جر والديه معا او فى حجر والدته وحدها لا يزاحم الفقراء فى طريق علاجهم .

٥٣/٢٨٣ ك س بنى سويف (٥٤/٢/٣) م ش ٧٣/٢٥

□■□

(المبدأ ١١) : اذا كان الصغير مع والدته المطلقة وكان والده غنيا فلها ان تعالجه بالأجر .

اذا كان الصغير فى حجر والدته المطلقة وكان والده غنيا فلها أن تعالجه بالأجر وتدفع أجر الطبيب وثمن الدواء قبل الحكم لها بذلك ، ثم ترجع على الأب بما دفعته ، ويعتبر الأب فى هذه الحالة فى حكم الغائب ، وتنوب عنه الأم فى ولاية علاج الصغير ، كما تنوب عنه فى الانفاق من مالها حين غيبته ، ثم ترجع عليه بما انفقت .

٥٣/٢٨٣ ك س بنى سويف (٥٤/٢/٣) م ش ٧٣/٢٥

□■□

(المبدأ ١٢) : ينبغى اعتبار علاج الصغير وتعليمه نوعا آخر ملزم به الوالد لولده .

ينبغى اعتبار علاج الصغير وتعليمه نوعا آخر ملزم به الوالد لولده ، خلاف نفقته ، ولا يقاس عليها فى كل شيء ، لأن للعلاج والتعليم من الظروف والملابسات ما يقتضى ذلك .

٥٣/٢٨٣ ك س بنى سويف (٥٤/٢/٣) م ش ٧٣/٢٥

□■□

صــلح (١)

(المبدا ١) : تعريف الصلح: وسلطة قاضى الموضوع بشانه .

الصلح عقد ينحسم به النزاع بين الطرفين فى موضــوع معــين على اساس نزول كل منهمــا عن بعض ما يدعيه قبل الاخــر . ولهــذا يجب الا يتوسع فى تأويله وأن يقتصر تفسيره على موضــوع النزاع . على أن ذلك ليس من مقتضاه أن قاضى الموضوع ممنوع من أن يســتخلص من عبارات الاتفاق ومن الظروف التى تم فيها نية الطرفين والنتائج المبتغاه من الصلح ويحدد نطاق النزاع الذى اراد الطرفان وضع حد له باتفاقهما عليه بل أن ذلك من سلطته ولا رقابة عليه فيه مادامت عبارات الصــلح والملابســات التى تم فيها تحتمل ما استخلصه منها .

نقض ١٠/٥١ ق (٤١/١/١٦)

□■□

---

(١) الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيــان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه . مادة ٥٤٩ من القانون المدنى . ويخلص من هذا النص أن للصلح مقومات ثلاثة :

١ ــ نزاع قائم او محتمل .
٢ ــ نية حسم النزاع .
٣ ــ نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه .

والصلح على ثلاثة ضروب :

١ ــ صلح مع اقرار .
٢ ــ صلح مع سكوت وهو الا يقرر المدعى عليه ولا ينكر .
٣ ــ وصلح مع انكار .

اذا وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر فى البياعات ان وقع عن مال بمال ، لوجود معنى البيع ، وهو مبادلة المال بمــال فى حق المتعاقدين بتراضيهما .

والصلح عن الســكوت والانكار فى حق المدعى عليه لافتــداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى لمعنى المعارضة . (راجع الهــداية جزء ٣ ص ١٩٢) .

(المبدأ ٢) : لا يصلح الصلح على نفقة العدة الا اذ اكانت العدة بالأشهر ، اما اذا كانت بالحيض فلا يصح للجهالة .

ان الصلح على تقدير نفقة العدة جائز شرعا ان كانت العدة بالأشهر ، وغير جائز ان كانت العدة بالحيض . قال القاضي نجم الدين الطرسوسي في كتاب انفع الوسائل ص ٤٦ واذا صالح الرجل عن نفقتها مادامت معتدة على دراهم مسماة لا يزيدها عليها حتى تنقض عدتها ، ينظر ان كانت عدتها بالحيض لا يجوز وان كانت بالأشهر جاز . وقال في الدر المختار وشرح تنوير الأبصار جزء ٢ ص ٩٢٢ ولو عن نفقة العدة ، ان بالأشهر صح ، وان بالحيض لا للجهالة ، وعلى ذلك ابن عابدين في حاشية رد المحتار بقوله لاحتمال ان يمتد الطهر بها ، كذا في الفتح ، الى ان قال والمراد جهالة ما يثبت في الذمة بخلاف الدين الثابت في الذمة اذا صولح عنهفانجهالته لا تضر . وقال في الخانية ص ٥٤٣ في باب العدة : « رجل طلق امراته ثم صالحها عن نفقة العدة على كل شيء ، ان كانت عدتها بالأشهر جاز الصلح ، لأن زمان العدة معلوم ، وان كانت عدتها بالحيض لا يجوز لأن العدة غير معلومة .

٥١/٣٠٩١ السيدة (٥١/١/٢٨) م ش ٢٤٨/٢٤

□■□

(المبدأ ٣) : تكييف عقد الصلح واعتباره منشئا للحق او مقررا له ، من حق المحكمة وحدها دون تدخل الخصوم . متى كان الصلح كاشفا عن الاستحقاق في الوقف رجعت الملكية الى تاريخ الاستحقاق لا الى تاريخ عقد الصلح .

تكييف عقد الصلح واعتباره منشئا للحق أو مقررا له من حق المحكمة وحدها دون تدخل الخصوم . واذن فمتى كانت المحكمة قد حصلت من عقد الصلح أن أساس تمليك الطاعنة الأطيان التي خصصت لها في عقد الصلح هو ادعاؤها الاستحقاق في الوقف ، وأن المطعون عليهما قد تنازلتا عن انكارهما استحقاقها وصالحتاها على مبلغ من المال مقابل حصة الطاعنة في عين من أعيان الوقف ، فان هذا الصلح يكون كاشفا لحق الطاعنة في تلك الأطيان المبني على ادعائها الاستحقاق في الوقف لا منشئا لذلك الحق وتعد الطاعنة في هذه الحالة مالكة لما خصص لها بعقد الصلح من وقت الاستحقاق المدعى به أي من تاريخ وفاة من تلقى الاستحقاق عنه لا من تاريخ عقد الصلح .

نقض ٢٨/٢٦ ق (٧١/٤/٢٧) س ٤٢٩/١٢

□■□

(المبدأ ٤) : عقد الصلح ـ من اركانه نزول كلٌ من المتصالحين عن جزء مما يدعيه ـ عدم اشتراط التكافؤ بين ما ينزل عنه كل من الطرفين ـ الطعن فيه بالغبن غير جائز .

الصلح على ما جرت به المادة ٥٤٩ مدنى عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزلَ كلٌ منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ومفاد ذلك أن من أركان الصلح نزولَ كلٍّ من المتصالحين عن جزء مما يدعيه ، واذ كان لا يشترط فى الصلح أن يكون ما ينزل عنه احد الطرفين مكافئا لما ينزل عنه الطرف الآخر ، ومن ثم فلا محلَ لادعاء الغبن فى الصلح ، وكان القانون المدنى لم يجعل الغبن سببا من أسباب الطعن فى العقود الا فى حالات معينة ليس من بينها الصلح ، اذ تقتضى طبيعته الا يرد بشأنه مثل هذا النص ، فان النعى على الحكم المطعون فيه بعدم اجازة الطعن فى الصلح بالغبن هو نعى لا اساس له .

نقض ٣٨/٢٦ ق (٧٣/١٢/١٨) س ١٢٧٥/٢٤

□■□

(المبدأ ٥) : الصلح الذى يصدق عليه القاضى لا يحوز قوة الأمر المقضى .

ان القاضى وهو يصدق على الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصلِ فى خصومة لأن مهمته تكون مقصورة على اثبات ما حصل أمامه من الاتفاقَ ، ومن ثم فان هذا الاتفاق لا يعدو ان يكون عقدا ليس له حجية الشىء المحكوم فيه وان كان يعطى شكل الأحكام عند اثباته .

نقض ١٩/٦٨ ق (٥١/٤/١٩)

□■□

ض

ضم

ضـــم (١)

(المبدا ١) ضم الصغار الى الحاضنات من قبيل الولاية على النفس .

ضم الصغار الى الحاضنات من قبيل الولاية على النفس . والولاية على النفس هى غير الولاية على المال ، لأن الأولى مرتبطة بأهليـة التكليف ، وهو البلوغ الشرعى . والثانية يشترط فيها أن يبلغ الصغير واحدا وعشرين سنة فلا يمكن من ماله ولاتصح تصرفاته المالية ولاتخاصم فيها ، قبل بلوغه هذه السن ، عملا بقانون المحاكم الحسبية الأخير .

٥٢/٩٩٥ شبين القناطر (٥٣/٦/١٥) ت س م ش ٢٤/١٢٢

□■□

(المبدا ٢) : ضم الصغير وان كان حقا مشروعا الا انه مقيد بالمنفعـة

الضم وان كان حقا مشروعا الا انه مقيد بالمنفعـة من الجانبين ــ فاذا اساء احدهما استعماله منع منه لأن مكارم الأخلاق تأبى أن يجعل الانسان من حقه المقرر له سـببا للاضرار بغـيره اذ الحقوق انمـا شرعت لاصلاح المجتمع وتهذيبه وتقويمه وحماية الصغير .

٣٨/٣٤ س ك بنى سويف (٣٨/١٢/١١) م ش ٥/٦٠

□■□

(المبدا ٣) : من له حق ولاية الضم يجبر على ضم الصغير .

المنصوص عليه شرعا أن من له حق ولاية الضم يجبر على ضم الصغير حتى لا يضيع هملا لأن ذلك من حق الصغير أيضا .

٣٠/٧٣ كرموز (٢١/٣/١٩) م ش ٥/٣٥٢

□■□

(المبدا ٤) : مناط ضم الصغير انتفاء المضارة .

جاء فى النصوص ان البنت البالغة اذا تضررت من المقام مع أبيها ، أو تضررت من ضمها اليه ، فلها حق المقام حيث تشـاء ، لا ما يشـاء هو ــ فمناط الضم ليس مجرد ثبوت حقه للأب أو العاصب فحسب وانما المناط حيث هو ، انتفاء المضارة ، مع كون الكبيرة بحال يخشى عليها الفتنة ، فاذا

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ١٩٢٥/٢٥ المعدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

انتفت المضارة وخشية الفتنة كان الرأى للقاضى لأنه نصب ناظرا للمسلمين فيأمرها بالانفراد او يضعها عند أمين يقدر على حفظها ولو امرأة .

٤٠/٥٤٥ أسيوط (٤٤/٣/٢٤) ت س م ش ٢٣٤/١٤

□■□

(المبدأ ٥) : حكم المحكمة بضم الصغير لأبيه هو المظهر الفعلى لحكم الشرع به .

المنصوص عليه شرعا أن من حق الصغير بقاءه عند أبيه بعد بلوغه سن الحضانة ، وان الأب يجبر على اخذه بعد استغنائه عن الأم ، لأن نفقته وصيانته عليه بالاجماع ، وهو اقدر على تأديبه وتعليمه ، كما جاء فى ابن عابدين فى باب الحضانة ، وبناء على هذا يكون حكم المحكمة بضم الصغير الى أبيه بعد بلوغه سن الحضانة حكما فى مصلحة الصغير ، يتعلق به حقه ، ولا يملك اب التنازل عنه ، ومحاولة التفرقة بين حكم الشريعة فى ضم الصغير لأبيه ، وحكم المحكمة بضمه ، باعتبار ان الأول من حق الصغير لا يصح التنازل عنه ، وان الثانى من حق الأب يملك التنازل عنه ، محاولة غير مقبولة ، لأن حكم المحكمة هو المظهر الفعلى لحكم الشرع ، ولتعلق حق الصغير بالحكم بعد صدوره .

وبما انه قد ثبت من حكم الضم أن الصغيرة المذكورة تجاوزت سن الحضانة يوم صدوره ، فيكون من حقها ان تضم الى ابيها ، واتفاقه مع أمها على ترك البنت عندها ، والتنازل عن الحكم ، اتفاق لا يقره الشرع .

٣٠/٩٣ المحلة (٣٠/١١/١٨) م ش ٩٩٤/٢

□■□

(المبدأ ٦) : الأصل ان يضم الصغير لأبيه بعد بلوغه السن المعينة شرعا ، ولا يؤذن بمد حضانة النساء الا فى حالات خاصة ، ترك للقاضى فيها « اخذا من الدليل » حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير .

من حيث أن مثل هذا الوالد لا يمكن أن يضيع عنده أولاده ، بل هو اقدر من أمهم على تحقيق مصلحتهم الأدبية والصحية بعد أن بلغوا هذه السن ـ وترى المحكمة ان مصلحة الولدين تتحقق عند والدهما ، وقد تكون هذه الحالة الوحيدة هى التى يمكن للقاضى أن يحكم فيها بضم الأولاد لأبيهم والا تعطل القانون وكان التخيير فى المادة رقم ٢٠ سنة ١٩٢٩ باطلا ، وكانت اللام بمعنى ، على ، ولا قائل بذلك .

٢٢/٢١٩٤ طنطا (٣٣/١٠/١٠) م ش ٩٧٠/٦

□■□

(المبدأ ٧) : اذا استغنى الصغير عن خدمة النساء يضم الى عاصبه ويجبر الأب على ذلك .

نص الفقهاء على أن الصغير متى تجاوز سن الحضانة ، واستغنى عن خدمة النساء يضم الى عاصبه ، ليتولى تربيته ، ويسهر على مصلحته ـ بل تجاوزوا ذلك الى ان الأب اذا لم يأخذ صغيره ، الذى تجاوز سن الحضانة ، واستغنى عن خدمة النساء ، أجبر عليه ، لأن نفقته وصيانته عليه بالاجماع ، ولأنه اقدر على تربيته وتأديبه ـ ولم يشترط الفقهاء ، وما كان يصح أن يشترطوا فى ضم الصغار ـ الذين تجاوزوا سن الحضانة واستغنوا عن خدمة النساء ـ الى والدهم ، أن يلازمهم فى منزله ، أو يقوم بعمل المربية لهم ، ويطلق عمله الذى يعيش منه هو وهم ، أيا كان عمله وفى أى وقت من الزمن طال أو قصر ، بل ذلك متروك اليه على قدر حاله ومنزلته فى المجتمع الذى يعيش فيه .

٤٣/٢٦ س ك مصر (٤٣/١١/٢٢) م ش ١٥/١٢٦

□■□

(المبدأ ٨) : يقضى الفقه بان ضم الفتاة الى ابيها هو ، المحافظة عليها ، وان المناط فى نزعها من الحاضنة ، وضمها اليه بلوغها حد الشهوة وليس المناط فى ذلك الاستغناء عن خدمة النساء ولا خلو الأب من الزوجة ـ زواج الأب بغير ام الفتاة لا يمنع من ضمها اليه ، اذا لم ينل الفتاة ضرر من زوجة الأب أويمنععنها مصلحة كا نمن حقها ان تصل اليها .

ان الفقه يقضى بأن الضم هو المحافظة على الفتاة ، والصيانة ، وان المناط فى نزعها من الحاضنة وضمها الى الأب ، بلوغها حد الشهوة ، الذى هو سن الحضانة الشرعى المقرر بتسع سنين لأنها حتى بلغتها كانت مشتهاة فتحتاج الى الحصن والصيانة ، والأب على ذلك اقوى واهدى ـ ولم يكن المناط فى ذلك الاستغناء عن خدمة النساء ، ولا خلاء الأب من الزوجة ، لأن الأنثىء كالغلام تستغنى عن الخدمة لقدرتها على الأكل والشرب واللبس والاستنجاء وحدها ببلوغها السابعة ، كما هو الفقه ، ولكنها تبقى عند الحاضنة سنتين أخرتين تتدرب فيهما على آداب النساء .

وقد حصرت المعارضة سبب البقاء لديها ان الأب متزوج بغير أم الصغيرة والزواج لا يمنع الأب من الضم اذا لم ينل الصغيرة ضرر من جهة زوجة الأب من الضم يمنع عنها مصلحة من حقها أن تصل اليها ، اذ لو كان مجرد الزواج مانعا ، لما جاز للأب أن يضم بنته اليه ، ولو بعد تجاوزها سن الحادية عشرة ،

ولكان هذا الضم أداة للتفريق بين المرء وزوجته ، على أن ضم البنت لأبيها لا يستلزم اقامتها مع زوجته لأن من حقها أن تطلب تهيئة مسكن شرعي بعيد عنها تصمن فيه الراحة والهناء .

أما ما قضت به المادة العشرين من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية من أن للقاضي ان يأذن ببقاء الصغيرة في حضانة النساء بعد بلوغها التاسعة الى سن الحادية عشر ، فمقيد بالضرورة ، وهي تقدر بقدرها ، ولا ضرورة لبقاء البنت عند جدتها مع احتياجها الى المحافظة عليها وملاحظة ما فيه المصلحة (١) .

٢٢/١٢١ شبين القناطر (٢٣/٣/١٣) م ش ٥/٥٧٦

□■□

(المبدأ ٩) : الانوثة ليست مناط الحكم بالضم لذاتها بل لما فيها من وصف الخوف على المضمومة .

حيث أن نص الفقهاء المتضمن وضع الجارية عند امرأة أمينة قادرة على حفظها ، ليس المقصد منه وضعها عند انثى ، اذ الأنوثة ليست مناط الحكم لذاتها ، بل لما فيها من وصف الخوف على المضمونة ومن هنا تبين أن القصد من النص وضع الأنثى عند من يحافظ عليها ، و لايخاف عليها .

٤٠/١٩٢ بنها (٤٢/٢/٢٨) م ش ٢٣٨/١٤

□■□

(المبدأ ١٠) : الجارية اذا بلغت ـ فان بكرا مسنة أو ثيبا مامونة خيرت والا وجب ضمها الى العاصب .

المنصوص عليه شرعا أن الجارية اذا بلغت ، فان بكرا ، أو ثيبا ، مأمونة خيرت ـ وان بكرا ، شابة ، أو غلاما ، غير مامونين ، وجب ضمهم جبرا .

٣٧/٤٦ الدر (٣٨/١/٢٦) م ش ٢٧١/١٠

□■□

(المبدأ ١١) : اذا بلغت البنت مبلغ النساء وكانت بكرا ضمها الأب الى نفسه .

البنت اذا بلغت البنت مبلغ النساء وكانت بكرا ضمها الأب الى نفسه الا اذا دخلت في السن ، واجتمع لها رأى وعفة فتسكن حيث احبت ، وذلك

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ١٩٢٩/٢٥ معدلة بالقانون رقم ١٩٨٥/١٠٠

بدون قيد ولا شرط ـ وكذلك الجد ـ وأما غيرها من العصبات المحارم ، فيشترط لانضمام البكر اليه أن يكون العصبة ، غير مفسد ، فان كان فالنظر فيها للحاكم ـ قال فى الدر وشرحه ما نصه :« اذا بلغت الجارية مبلغ النساء ان كانت بكرا ضمها الأب الى نفسه الا اذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى وعفة فتسكن حيث أحبت حيث لا خوف عليها وان ثيبا لا يضمها الا اذا لم تكن مأمونة على نفسها فللأب والجد ولاية الضم لا لغيرهما كما فى الابتداء (بحر عن الظهرية) وقال فى الحاشية تعليقا على ما تقدم وقوله ضمها الأب الى نفسه أى وان لم يخف عليها الفساد لو حديثة السن (بحرا) والأب غير قيد فان الاخ والعم كذلك عند فقد الأب ما لم يخف عليها منهما فينظر القاضى امرأة مصلحة ثقة فتسلم اليها كما نص عليه فى كافى الحاكم . وجاء فى الحاشية أيضا تعليقا على انضمام البنت ما يأتى : وعبارة الفتح ، الا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها اليه ، وكذلك للأخ والعم الضم اذا لم يكن مفسدا . وقال فى الدر وشرحه أيضا (وان لم يكن لها أب ولا جد) ولكن لها أخ أو عم ضمها ان لم يكن مفسدا وان كان مفسدا لا يمكن من ذلك ـ وكذا الحكم فى عصبة ذى رحم محرم منها ، فان لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات ، أوكان لها عصبة مفسدين فالنظر فيها الى الحاكم فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى والا وضعها عند امرأة أمينة قادرة على الحفظ بلا فرق فى ذلك بين بكر وثيب .

٤٦/٣٤٧ الخليفة (٤٨/١/٢٨) ت س م ش ٢١٩/١٠

□■□

(المبدأ ١٢) : البكر متى بلغت مبلغ النساء وكانت حديثة السن فللأب ولكل عصبة أمين حق ضمها اليه وان كان لا يخاف عليها الفساد . وهذا الحق ثابت للولى مادامت لم تتزوج فاذا تزوجت فقد بطل هذا الحق وان لم يدخل بها زوجها ـ اذ ابقاء هذا الحق للأولياء مع تزوجها يبطل حق الزوج فى طاعتها له ويوجب انعدام اثر الزوجية .

المنصوص عليه شرعا أن البكر متى بلغت مبلغ النساء ، وكانت حديثة السن فللأب ولكل عصبة امين حق ضمها اليه وان كان لا يخاف عليها الفساد ولكن هذا الحق ثابت للولى مادامت لم تتزوج فان تزوجت بطل حق الأب والأولياء فى طلب ضمها اليهم لأنها بمجرد العقد عليها يجب أن تكون فى طاعة زوجها ولو لم يدخل بها اذ لو بقى الحق للأولياء فى ضمها اليهم مع تزوجها لأدى ذلك الى ابطال حق الزوج فى طاعتها له والى انعدام اثر الزوجية . وقد ورد فى باب الحضانة فى تنقيح الحامدية ما نصه : (سئل فى صغيرة غير مشتهاة لا تصلح للرجال بلغت من العمر ست سنوات

فى حضانة جدتها لأمها الأهل للحضانة زوجها ابوها فهل تسقط حضانة الجدة بزواجها ؟ الجواب ـ نعم والمسالة فى القنية انتهى . وهذا يدل دلالة واضحة على أن الزواج يسقط حق الضم متى كانت الزوجة مشتهاة للرجال) .

٣٤/٣٧٢ الخليفة (٤٥/٢/١٠) م ش ٤٥/١٧

□■□

(المبدأ ١٣) : اذا تضررت البنت الكبيرة بضمها الى ابيها امتنع اجابة طلب ابيها ضمها اليه .

حيث انه ثبت من المستندات المقدمة من وكيل المدعى عليها أن النزاع مستحكم بينها وبين أبيها المدعى على نفقتها من نحو سنة ونصف وقد حصلت على حكم بتقدير نفقة وبدل كسوة لها عليه وقد استأنف هذا الحكم ـ ثم رفعت عليه دعوى أخرى أمام هذه المحكمة ذكرت فيها انها مريضة وتحتاج الى سكن يلائم صحتها للاقامة فيه وأن والدها ممتنع عن احضاره ومن احضار ما يلزمها من الخدم وبعد أن أثبتت دعواها قررت لها المحكمة أجرة مسكن واجرة خادم فاستأنف فتأيد الحكم .

ومن حيث انه يلاحظ على المدعى انه فى كل هذه الأدوار لم يتحرك برفع دعوى على ابنته المدعى عليها بطلب ضمها اليه الا بعد ان قاضته بأجرة السكن الصحى وما يلزمها من الخدم ، والمحكمة تستنتج من ذلك أن المدعى لم يرفع هذه الدعوى الا ليتوصل فقط الى ابطال أجرة السكن ، أما المحافظة عليها والعناية بها والاشراف على سيرها وسلوكها وصون عرضها وكرامتها فهذا كله لا يعنيه ولا تتجه نفسه اليه ، اذ المقطوع به أن المدعى عليها كبيرة وقد بلغت مبلغ النساء من زمن بعيد فكان الواجب على المدعى أن يتخذ جميع الوسائل المشروعة لضمها اليه فان أعوزته الطرق الودية فامامه القضاء الذى يلزمها بالاقامة معه جبرا ولكنه لم يفعل ذلك بل تركها تقاضيه بالنفقة من نحو سنتين وهى بعيدة عنه .

كما ثبت أيضا أن المدعى عليها واخوتها وأمها فى نزاع مستمر معه من مدة سنتين وانها بعيدة عنه طوال هذه المدة . وبديهى أن هذا النزاع من شانه (لو كان يريد المصلحة) أن يحمله على وضع حد لهذه المأساة بأن يرفع الدعوى فى الحال على بنته المدعى عليها بطلب ضمها اليه ولكنه تركها تقاضيه بنفقتها واجرة مسكنها .

كما أن المدعى عليها حصلت على حكم بالنفقة وبدل الكسوة من نحو سنة ونصف غير انه لم يرفع دعوى الضم الا بعد مقاضاته بالمسكن والخادم ولم يعلن بها المدعى عليها الا بعد الحكم لها فعلا بأجرتى سكنها وخادمها .

ومعلوم ان ضمها اليه لا يوجب ابطال نفقة الطعام والكسوة ـ ولكنه يبطل قطعا أجرة المسكن ما دامت ستكون فى بيت أبيها وهذا يفسر بوضوح ما استنجته المحكمة من انه لا يقصد من هذه الدعوى (دعوى الضم) الا ابطال اجرة السكن فهو لم ير لدعوى الضم فائدة غير ابطال أجرة المسكن فتقدم بدعواه لهذا الغرض .

ومن حيث انه فضلا عما تقدم فانه ثبت من حكم اجرة المسكن ان المدعية مريضة مرضا لا يرجى شفاؤه ولا يلائمها الا السكن فى المناطق الجافة فمن الواجب ان نترك لها الحرية فى الاقامة فى المنطقة التى تلائم صحتها لأن الزامها بالاقامة مع ابيها فى منزله ربما اضر بصحتها وعرض حياتها للخطر ، فقد يسكنها فى منزل غير صحى أو فى منطقة كثيرة الرطوبة ولا توجد اى سلطة ترغمه على اسكانها فى مسكن يلائمها . والمسألة متروكة لتقديره وشفقته بحسب ما يراه هو دون غيره وحسن تقدير (لأن المدعى) فى اختيار المسكن الملائم أمر مشكوك فيه مما يرأه المدعى فى دعواه مع الظروف المتقدمة يعد انكاراً للعدالة لأن المدعى عليها لن تجد بعد الحكم نهائيا بضمها الى ابيها ملجأ تلجأ اليه لتدرء الخطر عن حياتها اذا اسكنها فى مسكن غير ملائم لصحتها المعتلة وجسمها المريض سوى الحصول على حكم الضم وحكم آخر بوقف تنفيذ حكم الضم ثم لا تجد بعد ذلك مئونة السكن الصحى فتعود كما بدأت الى طلب أجرته من المدعى وهذا ما تأباه العدالة ، وانه لذلك تكون دعواه على غير اساس متعين رفضها .

٢٨/١٦٢٧ الجمالية (٢/١٠/٢٩) م ش ٢١٩/١

□■□

(المبدأ ١٤) : اذا ثبت عجز من له حق ضم الصغيرة اليه عن القيام بشئونه لا يجاب الى طلب الضم .

المنصوص عليه أن الحضانة تكون اولا للنساء لأنهن أشفق واهوى الى تربية الصغار ثم تنصرف الى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار أقدر ، وذكروا لها شروطا منها القدرة على تربية الصغير وحفظه وهى شرط لحضانة النساء والرجال ، وقد قالوا أن العاصب اذا كان متصفا بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشئونه فلا حق له فى

الحضانة بل ينقل الحق الى من يليـه من العصبات ان كان ، والا فالى ذى رحم محرم . وقد ثبت ان المدعى مريض بالشلل وانه مقعد وملازم لفراشـه وعاجز عن القيام بشئون نفسه لمرضـه وشيخوخته وأنه فى حاجة الى من يتعهده ويقوم بشئونه ، ورجل هذه حاله لا يقال انه قادر على القيام بشئون غيره وفى وسعه تربية الصغير وتعهده والمحافظة عليـه ومن ثم لا يكون أهلا للحضـانة .

٢٥/٩٧٢ بنها (٣٦/١٠/١٤) ت س م ش ٣٢٤/٥/٨

□■□

(المبدأ ١٥) : ضعف الصغير واحتياجه لخدمة النساء مانع من ضمه لأبيه ببلوغه سن السابعة سيما اذا كان الأب متزوجا .

وحيث أن طلب المدعى عليها المد (بعد السابعة الى التاسعة) وجيـه يساعد عليه ما يبدو من ضعف جسمانى فى الولد والقـول بأنه وراثى ليس الا محض معارضة مرسلة عن الدليل الجدير بالاعتبار خصوصا وانه فى هذه السن أميل للاستئناس بوالدته ، بعامل أنها أقدر على الصبر فى عمل ما يجبر ضـعفه وهو بذلك لحجر النســاء أحوج ولخدمتهن مفتقر ويتعين مد أمد الحضانة . (١)

٣١/٥١ كوم حمادة (٣٤/١/١٤) م ش ١٤٠/٦

□■□

(المبدأ ١٦) : العاصب اذا كان مفسدا لا يسلم اليه المحضون .

نص شرعا على أن العاصب اذا كان مفسدا لا يسلم اليه المحضون . وعلى أن التصرف فى المال على خلاف مقتضى العقل والشرع فساد . وعلى أن بذل المال فى سبيل البر وان كان محمودا متى تجاوز حد الاعتـدال الى الاسراف كان فسادا .

٢٢/٥٤٧ مصر (٢٣/٧/١١) م ش ٤١٨/١

□■□

(المبدأ ١٧) : وجود خصومة بين العاصب وبين الصغير مانع من اجابة طلب الضم .

وجود خصومة بين العاصب وبين الصغير الذى يطلب ضمه اليه يكفى

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ٢٥/١٩٢٩ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

مانعا من اجابته الى طلبه الضم ، لما فى هذه الخصومة من عدم الاطمئنان الى امانته على الصغير .

١٦٩٠/٣٥ س ك مصر (٢٦/٥/٢٨) م ش ٦٢٤/٩

□■□

(المبدأ ١٨) : وقت حضانة العصبات ، من وقت الاستغناء فى الغلام الى وقت البلوغ وتزول بوجوده .

ومن حيث ان المنصوص عليه شرعا ان وقت حضانة العصبات من وقت الاستغناء فى الغلام الى وقت البلوغ وتزول بوجوده ، وان الصبى اذا بلغ حكم الشرع بتوجيه الخطاب اليه ، وان الغلام اذا بلغ رشيدا وعقل ، واستغنى برأيه ، كان له ان يستقل بنفسه ، الا اذا كان غير مأمون عليها ، بأن كان أمرد صبيح الوجه ، فان كان كذلك فلكل من يؤتمن عليه من العصبات ، ويقدر على حفظه ضمه اليه ليدفع فتنة او عارا جبرا عنه لمراعاة جانبه . ولا خيار للغلام فى هذه الحالة فلا يخلى سبيله ، بل يقوم عليه وليه بما وجب عليه شرعا من تربية وتعليم وصيانة وتأديب وتهذيب ، وكل ما فيه النفع له ، حتى يوصله الى حالته التى تكفل له الظفر فى معترك الحياة وتمكنه من تأليف أسرة منظمة ، ويبتعد به عما يلحقه من الضرر ، حتى لا ينشأ خملا ميالا الى اللذة الحاضرة ، لا يفكر فى المستقبل فيختار الفراغ والكسل ، ويهرب من التعليم والعمل ، ويترك آداب النفس ، وتعليم الدين ويعتاد الاهمال وترك الآداب فيكون موضع المطامع ، ولا يؤمن عليه الخروج ولوليه تأديبه اذا وقع منه ما يخالف الشرع ، فان دفع المنكر واجب على من قدر عليه ، ولا سيما من يلحقه عاره ، وذلك من اعظم صلة الرحم ، والشرع امر بصلتها وبدفع المنكر ما امكن ، ونص على ذلك فى الجزء الثانى من الأشباه ومحشيه ، وفى الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٣٧ ، ٢١٣ وفى الجزء الرابع من البدائع ص ٤٢ ، ٤٤ وفى الجزء الثانى من الدر المختار ص ٦٥١ ، ٦٥٨ ، ٦٥٩ ؛ لذلك كان بلوغ الغلام خمسة عشرة سنة ، لايقتضى اهدار كل اعتبار سواه ، بل يجب مع ذلك التثبت من صلاحيته لمباشرة شئونه ، بنفسه والمحافظة على كيانه ، فيبقى فى حيازة وليه حتى تظهر عليه علائم الرشد والسداد . ولذلك قد منع ماله حتى يؤنس رشده وكل المال دون النفس لأنه اذا كان لا يباح له التصرف فيما قيمته دراهم معدودة مع ان الضرر محدود ، فعدم اباحة التصرف له فى شئون نفسه عند عدم الأمانة عليها اولى واجدر . ومن المصلحة الظاهرة ان يقوم عليه وليه فى هذه الحالة اذ ان ترك هذا الغلام الموصوف بما ذكر المحجوز عليه فى المال ، والقاء حبله على غاربه خصوصا فى هذا الزمان الذى كثرت شروره ، وتنوعت مضراته ،

وعمت بلياته ، عرضة لأن يسبح فى بحار الاغراء والغرور ويتيه فى ميدان الفساد والشرور ، تهاجمه المفاسد وتتقاذفه الأهواء ، وتتجاذبه الأخطار يرعى على هذا المرعى الوبيل ، ويصد عن سواء السبيل ويستولى على نفسه الفتور والكسل ، تحت تاثير النفس الأمارة بالسوء ، وانحطاط الأخلاق مع الثروة والشباب والفراغ ، وهو فى دور التعليم الابتدائى لم يتعلم كلمة فى أمور دينه ولم يعرف قراءة لغة وكتابتها ولم يؤنس رشده تنبو عنه الشريعة ويأباها العقل وينفر منه الطبع .

١١١٩/٣٥ جرجا (٢٦/٦/٨) م ش ٢/ ٥٧٠

□■□

(المبدا ١٩) : لا يشترط فى ضم الصغير لعاصبه ان يكون العاصب تقيا بعيدا عن جميع المعاصى بل يكفيه فى ذلك ان يكون امينا على الأموال والأنفس كما لا يشترط ان يكون صحيح الأعضاء ما دام الولد قد تجاوز سن الحضانة ــ مقاضاة العاصب ام الصغير امام المحاكم فيما يراه حقا له او للصغير لا يقدح فى امانته على ذلك الصغير ــ امانة العاصب الوصى على الصغير ثابتة حتى يقوم الدليل على نفيها .

نص الفقهاء على أن الصغير لا يضم الى عاصبه الا اذا كان أمينا عليه، فى نفسه ، وفى ماله ، محافظة على نفس هذا الضعيف ، وعلى ماله ، من الاعتداء عليها . ولم يشترط فى ذلك صحة ولا زوجية ، ولا قدرة البدن ، ولا عدالة ولا تقوى ، فمتى كان غير معروف بخيانة الأموال ولا بالاعتداء على النفس كفى ذلك فى صلاحيته لضم الصغير اليه ، ولو كان عاصيا من ناحية اخرى مما لا اتصال لها بجرائم الأموال والأنفس ، أو كان أعزب أو كبير السن أو مريضا أو مقاضيا والدته فى حقوق يرى أنه أحق بها منها ، كضم الصغير اليه أو نحوه ، لأنه لا ارتباط بين تلك الأوصاف وبين الأمانة على الصغير فى نفسه وفى ماله ، وذلك ظاهر المعنى . فقول المدعى عليه أن ذلك يخل بصلاحيته لضم الولد اليه لا يستند الى دليل فقهى ، ولا ملاحظ عرفى ، على فرض صحة ان به تلك الأوصاف فلا يلتفت اليه ، وطلبه تخفيض المقرر للولد وهو من باب المحافظة على ماله من الاسراف فيه فلا يعاب عليه .

وحيث أن المدعى اقرب عاصب للولد ، وقد تجاوز الولد التاسعة من عمره ، فاستغنى عن خدمة النساء واصبح فى حاجة الى تربية الرجال ــ وقد رآه المجلس الحسبى امينا على ماله فعينه وصيا عليه فهو على تلك الامانة ، حتى يقوم دليل نفيها ، ولو كان خائنا فى ماله لما ابقاه ذلك المجلس فى الوصاية وهو جهة مختصة بنظر ذلك . وأما امانته على نفس الولد فان

هذا وصف ثابت حتى يتبين خلاف ذلك ، عملا بالقاعدة الشرعية .. ان حال المؤمن يحمل على الصلاح حتى يتبين ما ينافيه ، والمرء برىء حتى يقوم الدليل على ادانته وتلك قاعدة أيدها العقل والعقلاء . وأن بقاء الولد فى يدها بعد هذا السن ضار به ضررا بليغا ولا أدل على ذلك من اهمال تربيته فلم تدخله مدرسة ابتدائية اميرية فى السن المناسبة بل ها هو تجاوز التاسعة من عمره وهو فى مدرسة اهلية وفى السنة الأولى منها .

٣١/٨ السيدة (٣٢/١/٤) ت س م ش ٢٢٢/٤

□■□

(المبدأ ٢٠) : الأصل فى الأب الأمانة ومتى كان من مصلحة ابنته الصغيرة ضمها اليه بعد تجاوزها سن الحضانة فهذا مقدم على كل شىء .

ومن حيث أن امانة الأب هى الأصل ـ وما قدم أمام المحكمة الجزئية فيه الكفاية بالنسبة لذلك .

ومن حيث أن الدفع بعدم الأمانة يجب رفضه لأنه تبين أن صالح البنت المطلوب ضمها فى وجودها عند والدها وهذا امر مقدم على كل شىء.

٣٠/٢٣٢٨ س ك مصر (٢١/١٠/٢٦) م ش ٥٣٧/٣

□■□

(المبدأ ٢١) : يقبل تنازل الأب عن حكم ضم ابنته الكبيرة اليه لأن هذا حقه ـ خلافا للصغير فانه لا يقبل تنازله عن حكم ضمه بعد بلوغه سن الحضانة لأن هذا حق الصغير لا حقه .

نصوا على ان الحاضنة اذا تركته قبل بلوغه سن الحضانة ، كان عملا باطلا ، وتجبر على امساكه ، كما اذا حاولت امساكه بعد الاستغناء ، لا تجاب الى طلبها ، واذا حكم بضم الصغير لأبيه لتجاوزه سن الحضانة ، فلا يملك الأب التنازل عنه ، لأن هذا حكم تعلق به حق الصغير ـ اما المحكوم بانضمامها فكبيرة ، وقد تنازل المحكوم له عن الحكم الصادر بانضمامها اليه فيكون تنازله مقبولا ، ويعامل به ، وليس له بعد ذلك التعرض لها بمقتضاه لأن طلب انضمامها اليه حقه خالصا ، وليس فيه أى حق لها ، بدليل انه او ترك ذلك لا يجبر عليه شرعا .

٤٣/٣٩٥ امبابة (٤٦/٢/٢٠) م ش ١٦/٨/١٧٣

□■□

(المبدأ ٢٢) : لا تسمع دعوى الأب ضم ابنه اليه لانتقال حاضنته (جدته لأم) الى بلد آخر ما دام بين البلدين تقارب .

وحيث أن المفهوم من نصوص الفقهاء فى هذا الموضوع ان الجدة تفارق الأم فى الانتقال بالصغير فى حالة ما اذا كان بين البلدين تفاوت ، فالجدة لا تنتقل بالصغير مطلقا والأم تنتقل اذا كان المكان الذى انتقلت اليه وطنا لها ، وعقد نكاحها فيه ، وتساويها فيما اذا كان البلدان متقاربين ، وبهذا صرح المرحوم الشيخ الرافعى ، اذ قال فى صفحة ٣٤٨ من الجزء الأول من تحرير المختار (تقرير الرافعى) تعليقا على قول العلامة ابن عابدين ولا عقد بينه وبين الجدة ، فليس لها حق نقله ، ولو الى بلد العقد ، وهذا فى مكانين متفاوتين واما المتقاربان فلا فرق بين الأم وغيرها ، حيث علل بانه كالانتقال من محلة الى اخرى وعزاه الى السندى بحثا . وحيث انه فضلا عن ذلك فان القاضى مطالب برعاية مصلحة الصغير .

١٤٦٨/٣٠ الجمالية (٣١/١/١٥) م ش ٣/١٦٤

□■□

(المبدأ ٢٣) : لا يقبل من المتبرعة طلب الضم ولو كان الأب معسرا، الا اذا تضرر ، وخيرت الحاضنة فابت الحضانة مجانا ــ والا فلا يسقط حقها لجواز رضا الأب مع اعساره ببقاء الصغير فى يدها ايثارا لمصلحته .

تبرع الحضانة بسطه العلامة ابن عابدين رحمه الله فى حاشيته على الدر فى باب الحضانة وفى رسالته (الابانة فى اخذ الأجرة على الحضانة) وذكره الفقهاء فى كثير من الكتب ولكن مع هذا لم يذكروا بوضوح وتفصيل ممن ترفع هذه الدعوى (دعوى تبرع الحضانة) .

غير أنه يمكن أن يتعرف الطريق من القواعد العامة ، وما صرحوا به اثناء كلامهم فى هذه المسألة ــ فقرروا فى الأنقروية فى أول باب الشفعة ما نصه : (قال محمد فى الجامع ، رجل ادعى شفعة دار فى يد رجل ، وقال للذى فى يده الدار اشتريتها من فلان بكذا ، وانا شفيعها ، وصدق البائع الشفيع فى ذلك ، وكذبه الذى فى يده الدار وقال الدار دارى ، ورثتها عن ابى واقام الشفيع البينة أن الدار كانت للبائع ولم يقم البينة على البيع من صاحب اليد ، فالقاضى يقبل بينته ، لأن الشفيع يدعى لنفسه حقا فى الدار لا يتصل الى اثبات ذلك الحق لنفسه الا بعد اثبات ملك البائع فى الدار فينتصب خصما فى اثبات الملك للبائع فى الدار ، وهذا اصل كبير فى الشرع ــ أن من ادعى لنفسه شيئا لا يتوصل الى اثباته الا باثبات شىء آخر ينتصب خصما فى اثبات ذلك الشىء الآخر فكانت بينته على اثبات الملك للبائع قائمة ممن هو خصم ، فلهذا قبلت بينته واذا قبلت بينة الشفيع

على ملك البائع ثبت ملك البائع « وفى جامع الفصولين بالفصل الخامس ، الانسان يصير خصما عن الغائب فى اثبات شرط حقه ، كما يصير خصما عنه فى اثبات سبب حقه ، لأنه كما لا يمكنه اثبات حقه الا باثبات سببه لا يمكنه أيضا الا باثبات شرطه ، وقد صرحوا فى أثناء كلامهم فى الحادثة ما يأتى : (١) بوجوب قبول الحاضنة المتأخرة الحضانة مجانا . (٢) بأن حق الأم فى الحضانة لا يسقط بمجرد الاعسار (اى اعسار الأب) وقبول الحاضنة الأخرى ، وانما يجب ان يعرض الأمر على الأم اما ان تقبل الحضانة مجانا أو تسلم للمتبرعة . (٣) بأن حقها انما يسقط اذا أبت أن تحضنه مجانا وان ذلك معتبر باعسار الأب فلا يسقط حقها فى حال يساره وأن الحكمة فى ذلك ان بقاء الصغير مع امه انفع له سواء أكان موسرا أم معسرا ، غير انه فى حالة اليسار ترجح مصلحة الصغير ، ولا ضرر على الأب ليساره . وفى حالة الاعسار يرجح جانب الأب بلدفع الضرر عنه ، ولا ضرر على الصغير لاشتراك المتبرعة فى المحرمية وبالتأمل فى ذلك يرى أن فى المسألة حقين :

١ ــ حق الأب وهو سقوط الأجر عنه . ٢ ــ حق الحاضنة وهو ضم الصغير اليها . وان الأول هو المقصود وقد شرط له جملة أمور منها الثانى وهو قبول الحاضنة المحرم ضم الصغير اليها مجانا فينتصب الأب اذا حضر وحده خصما عنها فيه ، اما اذا حضرت هى وحدها فلا يقبل منها لأن حق الضم لا يصير اليها فى حالة اعسار الأب الا اذا تضرر الأب من الأجر ، وخيرت الحاضنة وابت الحضانة مجانا ، فما لم يظهر تضرره لا يسقط حق الحضانة ، لجواز رضاه (وان كان معسرا) ببقاء الصغير مع امه او جدته لأمه ايثارا لمصلحة ولده ــ ولا تنتصب المبترعة خصما عن الأب فى التضرر ، وطلب سقوط الأجر تبعا لحق الضم ، لأن حقها وهو الضم قد حصل رضاها به شرطا لسقوط الأجر عن الأب فلا ينقلب سقوط الأجر شرطا لحقها أو سببا له حتى تنتصب خصما عنه فيه .

٤٢/٧٢٢ الخليفة (٥١/٦/٢٠) ت س   م ش ٤٣/٤/١٦

□■□

(المبدأ ٢٤) : الأب العاق لا يجاب الى ضم بنته الكبيرة البالغة .

لا يجاب الأب العاق الى طلب ضم بنته الكبيرة ، البالغة العاقلة ونقلها من منزله الى منزل الأسرة الى منزل ضرة امها ، ببلد آخر لأن قصده حينئذ الضم ، غير مشروع ، فيرد عليه ، ولأن البنت الكبيرة تتضرر عادة من المقام مع ضرة امها .

٠٤/٥٤٥ اسيوط (٤١/٣/٢٤)   م ش ٢٣٢/١٤

□■□

(المبدأ ٢٥) : لا يسلم الصغير الى ابيه اذا ثبت اساءته اليه .

لا يسلم الصغير الى ابيه اذا ثبتت اساءته اليــه ، واهمــاله اياه ، ومعاملته معاملة تنطوى على الاذلال والحرمان ، بدون مبرر ، على وجــه عرض مستقبله للضياع ، واخلاقه للفساد .

٢٧/٧٧ س ك مصر (٣٨/٣١/٦) م ش ٦٥/١٠

□■□

(المبدأ ٢٦) : زواج اب الصغير من غير امه لا يكون مانعا من ضــمه اليه متى كان فى ضمه مصلحة للصــغير لأن هــذا يؤدى الى حــرج الآباء والعصبة وتعطيل احكام الشريعة مخالفته لأبسط قواعد الفقــه والمنطق والعقل .

لا يمنع زواج اب الصغيرة بغير امها من ضمها ، فان من مصلحتها ان يكون الأب متزوجا ليجد فى المنزل من يرعى مصــالحه ويتعهــده واولاده بالخدمة المعتادة الضرورية ويسهر على راحته وراحة عياله ، فلا يصح ان يكون زواج الأب مانعا من ضم صغيره لأن هــذا يؤدى الى احــراج الآباء ، والعصبة وتعطيل احكام الشريعة الغراء ، وهل من العقل والدين ان نطلق زوجات المتزوجين منهم جميعا ونمنع زواج من لم يتزوج ليضم بنتــه او ولده . ان هذا المنطق سخيف نهيب ببعض الهيئات ان يصــدر عنهــا فى احكاما ولا ادرى اى عقل او اى تشريع يسيغ هذه الأخطاء المبتذلة .

٣٣/٥٨٦ ميت غمر (٣٤/٥/٢٠) م ش ٢٥٥٩/١٠

□■□

(المبدأ ٢٧) : متى كان الاب متزوجا بغير ام الصغير والأم تعلمه فلا يجاب الأب لطلب ضمه اليه لبلوغه السـابعة من عمـره وانما تؤذن الأم ببقائه فى يدها .

حيث ان المســتانف عليه اعترف بتزوجه بغير ام الصغير كمــا تبين ان امه تعلمه بمدرسة أولية .

ومن حيث انها طلبت اذنها ببقاء الصغر فى يدها وترى المحكمــة من صالح الصغير بقــاءه الآن فى يد امه فلهــذا ، ولما تقضى به المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ اذنت المحكمة ببقاء الصغير فى يد امه (١) .

٣٠/٢١٨٠ ك س مصر (٣١/١٠/٢٨) م ش ٥٣٨/٣

□■□

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ١٩٢٩/٢٥ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

(المبدا ٢٨) : استمرار الزوجية بين ولد الصغير وامه وتزوج ابيه باجنبية عنه مانع من اجابة طلب ضمه اليه والمنع من المطالبة بمفروضه لبلوغه السابعة الى ان يبلغ التاسعة من عمرها .

من حيث ان الزوجية لاتزال قائمة بين المتداعيين فترى المحكمة ان مصلحة الصغير فى بقائه فى أمه الى أن يتم تسع سنين ، ولا شيء يمنع الأب من أن يقوم بملاحظته فى يد امه وهى زوجته وفى امكانه ان تكون معه دائما بولدها فاذا أضيف لهذا ان المستأنف عليه متزوج باثنتين غير المستأنفة كانت المصلحة اظهر فى ترك الولد فى يد امه ما دام لم يبلغ التاسعة . (١)

١٦٥٥/٣٤ س ك مصر (٣٥/٥/٢٧) م ش ٨١٦/٧

□■□

(المبدا ٢٩) : ضعف الصغير وتزوج ابيه باجنبية عنه مانع من ضمه اليه .

حيث انه تبين لمحكمة الاستئناف من رؤية الولد المتنازع فيه ومن زواج والده بغير أمه أن مصلحته فى بقائه عند أمه المستأنفة فيتعين حينئذ الغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى والاذن ببقاء الولد فى يد أمه حتى التاسعة من عمره (١) .

٨٢٩/٣٤ س ك مصر (٣/٤/٣) م ش ٤٦٥/٢

□■□

(المبدا ٣٠) لا يجاب طلب الأب ضم ابنه الصغير اليه لتزوج حاضنته باجنبى بثبوت طلاقها من هذا الأجنبى بائنا ولا يمنع من ذلك ادعاء صورية الطلاق وصدوره بعد رفض دعوى ضم سابقة مادام اثره باقيا .

حيث ان الحكم المستانف غير صحيح لثبوت طلاقها من زوجها الأجنبى عن الصغير بمقتضى الاشهاد المقدم وهذا الطلاق يستتبع اثره ، وهو مما يستوى فيه الهزل والجد شرعا ، ولم يثبت زوال هذا الأثر بعقد جديد بل لم يدع عقد جديد بعده وما ذكره وكيل المستانف عليه من بقاء الزوجية الأولى وصورية هذا الطلاق مما لا يعول عليه شرعا كما ذكرنا .

٩١٨/٣٤ س ك مصر (٣٥/٢/٢٨) م ش ١٩٨/٧

□■□

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ٢٥/١٩٢٩ معدلة بالقانون ١٠٠/١٩٨٥ .

(المبدأ ٣١) : لا يجاب طلب الأب ضم ابنه الصغير اليه بكثرة خوفه وفزعه وكونه تعتريه نوبات صرعية وذلك كاف فى تحقيق حاجته لخدمة النساء .

حيث انه بالرجوع لتقرير الطبيب الذى ندبته المحكمة لبحث حالة الولد ، يرى أن هذا الطبيب قرر انه لاحظ أن الطفل كثير الخوف والفزع، تعتريه من وقت لآخر نوبات صرعية ، وانه لم يشاهد ذلك على الطفل مدة الساعتين التى اقامها تحت ملاحظته ، وأن حالة الصرع تحتاج لملاحظته مدة طويلة وأياما وأسابيع وأن هذا القدر من التقدير كاف لأن تكون المحكمة رأيها فى ان مثل هذا الولد فى حاجة لخدمة أمه وملاحظتها لما لها من وافر الشفقة عليه .

٣٤/٨٨٦ س ك مصر (٣٥/٢/٢٨) م ش ١٩٧/٧

□■□

(المبدأ ٣٢) : لايجاب طلب والد الصغيرة ضمه اليه لبلوغه السابعة(١) من عمره مادام عمل الأب يستدعى وجوده خارج منزله فى اكثر الليالى .

وحيث تبين للمحكمة من اعترافات المستأنف عليه أن عمله يستدعى وجوده خارج منزله فى كثير من الليالى وانه متزوج بغير والدة البنت فتكون المصلحة فى بقاء البنت فى يد جدتها حتى تبلغ احدى عشرة سنة .

٣٤/٨٦١ ك س مصر (٢٥/٢/٢٥) م ش ١٩٤/٧

□■□

(المبدأ ٣٣) : يجاب الأب الى طلب ضم ابنه اليه ولو سبق تنازله عنه ذلك لأنه من باب التزام ما لا يلزم .

حيث ان المعارضة دفعت بتنازل المدعى عن قضية الضم ، وترك الولد عندها ، والمحكمة لم تعول على ذلك لأنه من باب التزام ما لا يلزم .

٣٢/١٠٧٨ أبو قرقاص (٣٤/١/١٥) م ش س ٧٧٤/٦

□■□

(المبدأ ٣٤) : برفض طلب الأب ضم ابنه الصغير اليه لعدم تمكنه من الحضور من بلده الى بلد أمه حاضنته والعودة قبل الليل . مادامت الأم مقيمة فى بلد هى وطنها ولم يكن بينها وبين بلد الأب (التى ابتعد هو عنها) تفاوت .

---

(١) راجع المادة ٢٠ ق ٢٥/١٩٢٩ معدلة بالقانون ١٠٠/١٩٨٥ .

نص الفقهاء على انه يمنـع الأب من اخـراج ولـده من بلد امه ، بلا رضاها مادامت حضانتها ، سواء اخرجه الى مكان بعيد أو قريب يمكنهـا ان تبصر فيه ولدها ثم ترجع ، لأنها اذا كانت لها الحضانة يمنع من اخذه منها ، فضلا عن اخراجه لو اخذ الولد منها قبل الاستغناء عن خدمة النساء بسقوط حقها فى الحضانة كتزوجها فعلا فلا يخرج من محل اقامته وان لم يكن لها حق الحضانة فى الحال لاحتمال عودتها بزوال المانع .

٣٠/٣٩٩ ببا (٣١/٥/٢٥) ت س م ش ١٦٨/٣

□■□

(المبدا ٣٥) : مقاضاة البنت الكبيرة لوالدها واخـذها حكما بنفقـة عليه وامتناعها عن تنفيذ حكم الضم بدعوى ضربه اياهـا الذى عملت له به قضية جنحة نتيجة عدم امتثالها لتنفيذ حكم الضم دليل على سوء خلقهـا لا تجاب معه الى طلب الغاء حكم الضم لعدم النص على جهة وحدود مسكن الضم .

المستشكل ضده ضرب بنته المستشـكله وطبعا ليؤدبهـا ويحتفظ بكرامته وكرامتها وكرامة عائلته ، والشىء الذى أمر الشرع بالمحافظة عليه وليس ادل على سوء أخلاق المستشكلة من ان تقاضى والدها المستشـكل ضده امام القضاء الشرعى أولا فيحكم لهـا بالنفقة وعليها بتسليم نفسـها لأبيها ثم تصمم على عدم الذهاب الى بيت أبيا الذى عللتـه بضربه لها ثم تقاضيه أمام القضاء الأهلى .

وحيث ان الوالـد من شـأنه العطف والرافة على اولاده والمحافظة عليهم وتربيتهم بما يتفق مع بيئتـه ، فاذا ضرب احـدهم فانمـا يضربه لمصلحته أولا ومصلحة العائلة ثانيا وبعيد كل البعد ، أن يقصد الأب من الضرب الانتقام من الولد ــ وما ذكرته المستشكلة من أن امراة ابيها تسىء اليها فلا قيمة له لأنها كبيرة بالغة تستطيع أن تستغنى عنا الاستغناء التام ــ ومن هذا يتبين ان كل ما ذكرته فى اشكالها لا يصح التعويل عليه .

٣٥/١١٦ فاقوس (٣٦/٣/٢١) م ش ٧٦٩/٧

□■□

(المبدا ٣٦) اذا امتنعت الأم عن تسليم الصغير الى ابيه بعد الحكم عليها بضمه حكم بكفها عن المطالبة بنفقته المقررة .

اذا امتنعت الأم من تسليم الصغير الى ابيه بعد الحكم عليها بضـمه اليه حكم بكفها عن المطالبة بنفقته المقررة ــ الأصل أن ينفق الوالـد على

ولده المستحق للنفقة سواء كان فى يده أم كان فى يد من له حضانته ، فاذا كان قائما بواجب النفقة فلا سبيل للقضاء فى فرض نفقة عليه ، ولا فى تسليط أحد سواه على هذا الانفاق لولده وانما السبيل على الوالد الذى يقصر فى القيام بواجبه فيترك ولده بدون نفقة فلهذا يتدخل القضاء فيعرض عليه المقدار الكافى من النفقة لولده ويسلط صاحب الحق فى امساك الولد على مباشرة الانفاق عليه وقد بينت الشريعة الاسلامية الوقت الذى يكون فيه الولد فى يد امه او نحوها . وانه من وقت ولادته الى أن يستغنى عن خدمة النساء وعين المشرعون هذه النهاية ببلوغ الصغير سبع سنين وخولت المادة ٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ للقاضى زيادة هذه السن الى تسع سنين فى الأول واحدى عشرة سنة فى الثانية عندما تقضى مصلحة الصغيرة هذه الزيادة ، واوجبت الشريعة على الحاضنة بعد بلوغ الصغير هذه السن تسليمه لوالده أو عاصبه الأمين ونصت على أن الوالد أو العاصب يجبر على تسلمه . وقد راعت الشريعة فى ذلك كله مصلحة الصغار ، وحقوق العصبة ، فاذا طلب الوالد الى الحاضنة أن تسلمه ولده بعد استغنائه عنها حسبما شرع الله ، فأبت عليه ذلك فهى ظالمة ، ويدها يد عارية ، كيد المودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى صاحبها فيده تصير يدا غاصبة .

وحيث ان الغاصب اذا انفق على المغصوب فلا يرجع بما أنفقه على المغصوب منه ولو امره القاضى بذلك لبطلان يده ـ وحيث انه من المبادىء المقررة انه عند عدم وجود نص صريح فى الحادث تقاس الأشباه ويد المدعى عليها على البنت المذكورة من يوم امتناعها عن التسليم ، كيد غاصب الصيد والحيوان فيكون حكمها فى عدم الرجوع بما أنفقته حكم يد الغاصب ، ومنصوص شرعا فى كتاب الغصب فى الفتاوى الهندية على أن الغاصب لا يرجع بما انفقه كما ذكرنا والمناط فيهما معا أن كلا من اليدين يد مبطلة .

٢٢١/٣٠ الجمالية (٢٩/١٢/٣٠) ت س م ش ٢/٦٥٤

□■□

(المبدأ ٣٧) : الأخ الشقيق مقدم فى ولاية الضم على العم الشقيق ـ الولاية على النفس غير الولاية على المال والأولى تعتمد اهلية التكليف ومنها ولاية الضم بخلاف الثانية فانه يشترط فيها سن الرشد المالى .

حيث ان الخصم الثالث اخ شقيق للولدين المطلوب ضمهما ، وانه اقرب عاصب لهما ، وانه قد صدر له حكم بضمها اليه . وبما انه والحال هذه يكون صاحب الحق فى ضمهما ولم يطعن فى أهليته بمطعن مقبول ،

وكونه لم يبلغ الرشد المالي لا يقدح في اهليته للضم ، وقد ثبتت اهليته بشهادة كافية اتصل بها القضاء وحكم له بمقتضاها . الولاية على النفس ومنها ولاية الضم تعتمد على بلوغ حد التكليف الشرعي لا بلوغ سن الرشد اذ هو شرط في الولاية على المال لا في الولاية على النفس وفرق بينهما ولا ينظر الى الأولى الا عند اتحاد الدرجة ولم تتحد .

٣٠/٧٣٠ كرموز (٧١/٣/١٩) م ش ١٢٧/٥

□■□

(المبدأ ٣٨) : عدم امانة الأخ على أخته مانع من ضمها اليه .

وحيث ان الحكم غير صحيح لأسبابه ، لأن المدعى ليس امينا عليها ، كما دلت على ذلك الأوراق الرسمية التى لم يطعن فيها ، وفضلا عن ذلك فانه اقر بانها مع اخيها ، ولم يطعن فيه فلا خوف على المدعى عليها من عدم ضمها للمدعى .

٣١/٤١ س ك مصر (١٢/٣/٣١) م ش ١٢٧/٥

□■□

(المبدأ ٣٩) : لا يجاب الأخ الى طلب ضم أخته لأبيه متى ظهرت كيديته وكونها ناظرة لاحدى مدارس البنات .

نص الفقهاء على أن الأنثى تضم لعاصبها اذا لم تكن مامونة على نفسها ، ولا تستطيع المحافظة على شئونها . فالضم للعاصب مشروط بما ذكر ، والمدعى عليها ناظرة لمدرسة بنات ومن ثم تكون مامونة على نفسها مستغنية عن رقابة عاصبها .

٣٣/١٩٢٠ السيدة (٢٤/٧/٣٠) م ش ٩٨٧/٦

□■□

(المبدأ ٤٠) : يجاب طلب احد الأخوة الأشقاء للبنت البالغ ضمها اليه ما دامت لم تدخل في السن ولم يتقدم من أخواتها بالطلب سواه .

من حيث ان المدعى عليها صادقت المدعى على أنها بكر وشابه يخشى عليها الفتنة ، وقد قضى النص الفقهى بأن الجارية متى كانت كذلك وقد بلغت مبلغ النساء بكرا ضمها اليه من له الحق في ذلك الا اذا دخلت في السن واجتمع لها راى وعفة فتسكن حيث أحبت اذ لا خوف عليها ، وهذه ليست كذلك لأنها لم تدخل في السن اذ النص الفقهى يقضى بأن من راى البياض فهو أشيب ، وأشمط ، فاذا ارتفع عن ذلك فهو مسن ، كما نص

على ذلك فى الجزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار نقلا عن كفاية المنتقط وفقه اللغة ـ والمدعى عليها لم تكن كذلك اذ لم تدخل فى السن بالصفة المذكورة ـ أما ما قالته المدعى عليها من أن لها اخوة اشقاء آخرين مثل المدعى فلا اعتبار له لأن هذا لا يمنع من ضمها الى المدعى ، لأن النص يقضى بأن الحق الثابت لجماعة يكون بينهم على سبيل الاشتراك الا اذا كان الحق مما لا يتجزأ فانه يثبت لكل واحد منهم على الكمال كما نص على ذلك فى الأشباه فى باب النكاح ومن ذلك حق الضم هذا فانه متى طلبه أحد من العصبة المستوين فى الدرجة ثبت له على سبيل الكمال فمتى سبق بطلبه صح وليس لمن فى درجة أسفل منه حق الاعتراض .

٣١/٧٢ شبين القناطر (٣١/١١/١١) م ش ٨٩٨/٢

□■□

(المبدأ ٤١) : سبق الحكم بضم البالغ الى اخيها لا يمنع من توجيه الدعوى عليها (وحدها) بطلب ضمها من آخر بدون حاجة لادخال اخيها السابق الحكم بضمها اليه .

حيث ان صدور حكم على المستأنف عليها بضمها لأخيها لا يمنع صاحب الحق فى ضمها من مقاضاتها وحدها بطلب ضمها ولا حاجة فى ذلك الى رفع الدعوى أيضا على أخيها المحكوم له بضمها اليه ، لأنها لا تزال ذات شخصية مستقلة ، وارادة منفصلة عن ارادة اخيها المحكوم له بضمها اليه ، فليس ثمة مانع من توجيه دعوى الضم اليها وحدها .

٣٤/٢٨ س ك مصر (٣٥/٢/١٢) م ش ٩٤٦/٦

□■□

(المبدأ ٤٢) : اذا طلب العم ضم بنت اخيه البكر اليه وثبت عدم امانته على مالها ووجود ابناء بالغين له غير محرم لها يخشى عليها الفتنة منهم ـ لا يجب الى طلبه .

المنصوص عليه شرعا أنه اذا كان العاصب له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة بسكناها معهم ، فلا يحل ضما اليه ، كما لا يحل ضمها الى عمها نفسه ، ولو لم يكن له ابناء يخشى عليها منهم الفتنة اذا كان هو غير مأمون على نفسها أو مالها (رد المحتار من جزء ٢ ص ٦٥٧) .

٣٥/١٢١٠ منوف (٣٦/٩/١٦) م ش ٢٢٦/١/٨

□■□

(المبدا ٤٣) : لا يجاب طلب العم (لام) ضم بنت اخيه البكر البالـغ اليه مادامت مامونة على نفسها .

ان المنصوص عليه شرعا أن الجارية متى بلغت مبلـغ النســاء ولم تدخل فى السن وكانت بكرا فلكل عاصب ذى رحم منها ان يضمها اليه ، ما لم يكن مفسـدا فان لم يكن لها عاصب ذو رحم محـرم ، أو كان لهـا عاصب مفسد ، فالنظر فيهـا للحاكم ، فان كانت مامونة تركهـا تنفـرد بالسكن ، والا وضعها عند امراة امينة قادر على الحفظ نص على ذلك فى شرح الدر المختار فى باب الحضانة .

ومن حيث ان حكمة التشريع فى تخويل حق ضم الكبـيرة للعاصب دون غيره من ذوى الأرحام هى أن العاصب يتعير بها ولا يتعير بهـا ذووا الأرحام .

٣٣/٨٦٧ الفيوم (٢٤/٦/٤) م ش ٩٨٥/٦

□■□

(المبدا ٤٤) : لا يجاب العم الى طلبه ضم ولد اخيـه مادام الكيـد قصده .

ظهر للمحكمة أن المدعى لا يقصد من دعواه المحافظة على الأولاد وانما يبغى الكيد لوالدتم ، بسبب رفع الدعوى ضده بالنفقة ، والطمع فى مالهم الذى تحت يده ، ومن ثم لا يجاب الى طلبه الضم .

٣٤/١١٦ س ك مصر (٢٥/٣/٤) م ش ١٤٠/٦

□■□

(المبدا ٤٥) : لا يجاب طلب والد الصغير ضمه اليه لتزوج حاضنته باجنبى عنه متى ثبت طلاقها من هذا الاجنبى وانقضاء عـدتها باقرارها فى مدة تحتمله ولو بعد وصول القضية للاستئناف .

وبما أنه تبين أن المستانفة طلقت من زوجهـا الأجنبى عن الصغيرة ، وقد اقرت اليوم بانقضاء عدتها ، وهى مصـدقة فى ذلك ، والمـدة تحتمل انقضــاء عدتها بالحيض ثلاث مرات ، وحينئـذ يكون هـذا الطلاق أصبح نهائيا ، وانقطعت صلتها بالمطلق ، ولم يبق له عليها أى حق ، فى حبسهـا بمقتضى هذا الزواج أو عدته . وبما أنه والحالة هـذه قد عاد للمسـتانفة حق حضانة الصغيرة .

٣٤/١٥٢ س ك مصر (٣٤/١٢/١٢) م ش ٣٩١/٦

□■□

[المبدا ٤٦) : لا يجاب طلب العم الشقيق ضم بنت اخيه البكر اليه متى كانت تقيم مع اخيها فى منزل واحد ولا يدفع هذا كونه تلميذا بالمدارس الثانوية متى ثبت رشده .

ان ولاية الضم تعتمد حد التكليف الشرعى وقد بلغ شقيق المدعى عليها الخامسة عشرة ، اما رشده فواضح باجلى وضوح ، ومن العبث ان يقال على مثله ممن يكون فى منتصف العقد الثانى من سنه ، وهو فى الخامسة من المدارس الثانوية انه ليس رشيدا ، او ليس اهلا لأن يضم اليه اخته ، ومجرد كونه تلميذا بالمدارس لا يقدح فى اهليته للضم ، والا لجاز ان ينزع اولاد من آبائهم طلاب علم ، ولا يقول بهذا احد . على ان المحكمة ترى انه مهما يكن من الطعون التى وجهها المدعى الى شقيق المدعى عليها فان بقاءها مع شقيقها هذا خير لها واصلح من ضمها الى المدعى الذى يقيم معه ابنه فى السنة الرابعة من المدارس الثانوية وهو فى نهاية العقد الثانى من عمره وليس من محارمها .

٣٤/٣٢٦ بنى سويف (٣١/١/١٦) م ش ٦/٨١٠

□■□

[المبدا ٤٧) الزوج احق بضم زوجته اليه .

الزوج احق بضم زوجته اليه من وليها العاصب ، وطاعتها لزوجها واجبة شرعا ـ وحيث ان الزوج احق بضم زوجته اليه شرعا اذا لم يكن هنالك مانع ، وقد انتفى .

٢٩/٥٦٥ جرجا (٣١/١/٢٨) م ش ٥/٨٩٠

□■□

[المبدا ٤٨) : القيم اولى بحضانة الصغيرة ما دام لم يكد لها ، ولم يثبت عليه عدم امانته .

حيث قد ثبتت امانة المستأنف على المستأنف عليها ، وانها بكر شابة يخشى عليها الفساد ، فله ضمها اليه ، لدفع فتنة او عار جبرا عنها ، مراعاة لجانبها ، ليقوم عليها بما وجب لها عليه شرعا ، وليبعدها عما عساه أن يلحقها من الضرر ، وليس لها أن تمنع نفسها من الضم وتنحاز الى غير عاصبها فتفهم الحرية على غير وجهها . وبذلك تتزعزع اركان سلطة الأولياء ، وتتعطل مهمة العصبات ، ويفسد جو ولايتهم . فمن المصلحة الظاهرة أن يقوم عليها وليها الذى فى يده مالها لأن تركها فى هذه الحالة بعيدة عنه ، تتنازعها الأهواء وتتجاذبها الأخطار ، تنقلب مع كل ريح فى

هذا الزمان الذى كثرت شروره وتنوعت مضاره ، وعمت بلاياه ومفاسده، تهاجمها المفاسد وتتقاذفها الأهواء مع نقص عقلها ودينها ، ينبو عنه الشرع ويأباه العقل وينفر منه الطبع وتمنعه العادات القومية المرعية .

١٤٩/٣٥ س ك سوهاج (٣٦/٩/٢) م ش ١٩٢/٨

□■□

[المبدأ ٤٩] : الجارية اذا بلغت مبلغ النساء بكرا أم ثيبا وليس لها أحد من العصبات المحارم المأمونين عليها يكون النظر فيها الى الحاكم .

نص الفقهاء على أن الجارية التى بلغت مبلغ النساء ، بكرا أم ثيبا ، وكانت ليس لها أحد من العصبات المحارم المأمونين عليها ، يكون النظر فيها الى الحاكم ، فان كانت مأمونة على نفسها خلالها تنفرد بالسكنى ، والا يضمها عند امرأة أمينة قادرة على حفظها لأنه جعل ناظرا للمسلمين . وبما أن المدعى عليها غير مأمونة على نفسها ويخشى عليها من سكناها منفردة ، وبما أنه يجب دفع المنكر خشية وقوعه . وبما أن مناط الحكم ليس هو ذات الأنوثة ، بل لما فيه من وصف عدم الخوف على المضمومة منه ، وغير خاف أن اولى الأرحام المحارم المأمونين يتحقق فيهم هذا الوصف بطريق الأولى ، من مطلق امرأة ، اذ هم يلحقهم العار اذا مس محارمهم الاناث مسبة ، وبذلك يكونون احفظ عليهم وأحرص من مطلق النساء ، وبذلك يكون للحاكم الذى نصب لنظر مصالح المسلمين أن يضمها عند احد هؤلاء .

٤١٤/٢٦ الاسماعيلية (٢٧/٩/١١) ت س م ش ٢١٤/١

□■□

[المبدأ ٥٠] : القاضى هو الذى يرى مصلحة الصغير فاذا رأى مصلحته فى بقائه فى يد أمه قضى بذلك الى تسع فى الغلام واحدى عشر فى الجارية (١) .

المادة ٢٠ ق ٢٥ سنة ٢٩ نصت على أنه : (للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين الى تسع والصغيرة بعد تسع الى احدى عشرة سنة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك) وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون ما يأتى : « رأت الوزارة أن المصلحة داعية الى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فان رأى مصلحتهما فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك الى تسع فى الصغير واحدى عشر سنة فى الصغيرة .

١١٦/٤٥ منفلوط (٤٦/٤/٢) م ش ٣٢٩/١٩

□■□

---

(١) راجع المادة ٢٥ ق ١٩٢٩/٢٥ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

(المبدأ ٥١) : اذا بلغت الجارية مبلغ النساء بكرا كانت ام ثيبا وليس لها احد من العصبات يكون النظر فيها للحاكم .

المنصوص عليه شرعا ان الجارية اذا بلغت مبلغ النساء بكرا كانت أم ثيبا ، وكانت ليس لها احد من العصبات المحارم المامونين عليها يكون النظر فيها الى الحاكم ، فان كانت مأمونة على نفسها خلاها تنفرد بالسكنى ، والا يضعها عند امرأة قادرة على حفظها لأنه جعل ناظرا للمسلمين .

٤١/١٩٢ الجمالية (٤٢/٢/٢٨)   م ش ٣٨٢/١٤

□■□

(المبدأ ٥٢) : قصد اسقاط النفقة لا يؤثر فى دعوى الضم ما دامت الصغيرة قد تجاوزت الحادية عشرة .

لا يؤثر فى دعوى الضم ظهور قصد مدعيها اسقاط نفقة الصغيرة ، ما دامت الصغيرة قد تجاوزت الحادية عشرة ، وحق لها أن تكون مع عاصب محرم متى كان امينا .

لا يؤثر فى دعوى الضم ظور قصد مدعيها اسقاط نفقة الصغيرة ، ما دامت الصغيرة قد تجاوزت الحادية عشرة ، وحق لها ان تكون مع عاصب محرم متى كان امينا .

٣١/١١٢٥ ك مصر (٣٢/٤/٢٨)   م ش ٦٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٥٣) : امساك الصغار المسلمين فى بيت غير المسلمين يعتبر امساكا لهم فى بيت المبغضين .

امساك الصغار المسلمين فى بيت غير المسلمين يعتبر امساكا لهم فى بيت المبغضين لهم بمقتضى طبيعة اختلاف الدين ، وفى الوقت نفسه يخشى منه على الصغار الذين بلغوا سن التمييز أو سن التقليد من الف الكفر وعادات أهله .

٤٥/١٦ محافظة الجنوب (٤٦/٢/١٨)   م ش ٤٤٨/١٧

□■□

(المبدأ ٥٤) : لا تجاب اليهودية الى طلبها ضم ابنها الصغير اليها مخافة ان يالف غير دين الاسلام وان يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود .

حيث انه عن الدفع بالخوف على الولدين ان يالفا غير دين الاسلام ، وان تغذيهما المدعية الخمر والخنزير ــ ولتحقيق هذا الدفع ينبغى ان نتفهم نصوص الفقهاء فى هذا الموضوع ، من جهة السن التى يالف فيها

الطفل الأديان ــ وكيفيــة الالف وأســبابه أما عن السن ــ فلم يحــددها الفقهــاء ــ قال شارح الدر نقلا عن النهر فى معرض عقل احــدى الأديان (ينبغى تقديره بسبع سنين لصحة اسلامه حينئذ) وقال فى خوف الف الكفر : « ينزل منها وان لم يعقل ديــنا » الذى يستخلص من ذلك أن ينزع منها وان لم يبلغ سبع سنين ، فقد تركوا اذن تقــدير السن التى يخشى فيهــا الف الكفر ولهم الحق فى ذلك فانه بالرجوع الى كلمــة الاخصائيين الذين يلاحظون أحوال الطفل ويدرسون الطفل فى أطواره نجــدهم يقولون أن الطفل تنتقش فى ذهنه المرئيات والمسموعات انتقاشا كاملا حتى وهو فى الحولين الأولين قال صاحب كتاب الأخلاق الذى نقله الى العربية الأستاذ محمد الصادق حسين : (ان الطفل بين سن ثمانى عشر شهرا وثلاثين شهرا يعلم من الماديات ومن قواه ومن طبيعة الأجســام وما يتعلق بعقله وعقل غيره أكثر مما يعلمه فى كل ما بقى من حياته ، وقال « ومن الشواهد الغريبة على أن أخلاق الأطفال تابعة لأخلاق أمهــاتهم ما جاء فى تقرير بعضهم على معهد التربية قال أخبرت أن مديرى المعامل الكبيرة التى يشتغل فيها كثير من الأطفال اذا ارادوا ادخال طفل فى معملهم سألوا عن أخلاق أمه حتى اذا ما اهتــدوا الى حسنها وثقوا بحسن سلوك ابنــائها على انهــم لم يكونوا ابوجهوا عنايتهم الى أخلاق الآباء ــ أما عن كيفية الالف واسبابه فقــد ذكر الفقهاء له على سبيل المثال أن تأخذ الأم الطفل الى معابدهم والنــاظر الى ذلك يستنبط منه أن الفقهاء ارادوا أن يحولوا بين الطفل وما يغرس فى نفسه عادة احترام الكفر والانصراف عن دين الاسلام فيقاس عليه كل مظهر من شأنه ان يبث ذلك فى نفس الطفل ومنه حضور الحفلات فى المآتم والأفراح والمواسم والأعياد اذ هى تتصل بالطقوس الدينية اتصالا وثيقا كما لا يخفى، ومنه أن تذكر الأم على لسانها وفى جميع حركاتها وسكناتها وعلى مسمع من طفلها الفاظ ديانتها بالاحترام والفاظ غيرها بالاستهزاء والسخرية وما الى ذلك ــ ومن المعتبر هنــا ما قاله صاحب الفتح فى هــذا المقام (وتمنع أن تغذية الخمر والخنزير وان خيف ضم الى اناس من المسلمين) وقد يعنينا أن نوجه النظر بنوع خاص الى تعبير صاحب الفتح بكلمة (خيف) كما عبر غيره بها فى معرض الف الديانات فان هذا التعبير يدل على أن الفقهاء ارادوا أن يحصروا حضانة الذمية لولدها فى دائرة ضعيفة جدا ، اذ ما الذى يمنع الذمية التى تعتقد حل الخمر والخنزير ان تغــذى ولدها بهما ، واذا لم يكن ذلك محققا فانه متوقع ومخوف جدا .

١٠٩٥/٣٣ س ك مصر (١٥/٥/٣٤) م ش ٥/٧٦٠

□■□

(المبدا ٥٥) : لا يجاب طلب جدة الصغير المسلم لامه المسيحية الاجنبية (الحربية) ضمه اليها لانه لا ولاية لحربى على مسلم . وايضا لا يجاب طلبها حتى لو كانت ذمية مخافة ان يالف الصغير غير الاسلام .

ومن حيث ان الفقه يقضى بأن ولد المسلم ذكرا كان او انثى من الذمية مسلم تبعا لأبيه ، وان اختلاف الدار يكون باختلاف المنعة (اى المعسكر) وباختلاف الملك (بأن يكون احد الملكين فى الهند وله دار ، ومنعة ، والاخر فى الترك مثلا ولهدار ومنعة اخرى ، وبانقطاع العصمة بينهما فيستحل كل منهما قتال الآخر ، بحيث اذا ظفر رجل من عسكر احدهما برجل من عسكر آخر قتله . وان الحربى اذا دخل دارنا مستأمنا مناسنة او اكثر ولم يعد الى وطنه فهو ذمى . وأن الامام اذا وقت اقامة الحربى بما دون السنة كالشهر والشهرين واستمر مقيما فى دارنا بعد هذا التوقيت يصير ذميا ، وان الحربى اذا دخل دارنا بامان واشترى ارضا خراجية ووضع عليها الخراج صار ذميا ، واذا اشترى ارضا عشرية تستمر كذلك على قول محمد رحمه الله تعالى وتصير خراجية على قولى ابى حنيفة رحمه الله ، فيؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج ، وتثبت احكام الذمى فى حقه ، وان وجب الخراج فى ارض المستامن فى اقل من ستة اشهر ، ومن يوم ان ملكها صار ذميا حين وجب فى ارضه الخراج — وهذا واضح من ان اختلاف الدارين لا يتحقق الا باختلاف الاقامة بان تكون احدهما مقيما فى قطر كالديار المصرية مثلا والآخر مقيما فى ايطاليا وان تكون العصمة منقطعة بحيث يستحل احدهما قتال الآخر — ومتى انتفى شىء من ذلك انتفى اختلاف الدارين — فلم يتحقق اختلاف الدار ولا ان المدعية حربية ولا مستامنة بل هى ذمية لأنه قد بان مما سبق ان كل مسيحى او اسرائيلى متجنس بجنسية اجنبية اصلية او مكتسبة استوطن الديار المصرية انحلت عنه صفة الحربيين والمستامنين ، واصبح ذميا بهذا التوطن ، او بتملكه اطيانا او عقارا فى ديارنا بتاديتهم الخراج او بتعاطيهم حقوق التجارة والزراعة بامان وسلام ، فمثلهم فى ذلك مثل الذميين تماما فلم تكن المدعية حربية لعدم اختلاف الدارين بالمعنى السابق لاقامتها فى ديارنا خمس وعشرين سنة — ولقيام العصمة بيننا وبين بلادها اذ لا يمكن القول بانقطاع العصمة بين الدارين لدرجة ان يستحل كل قتال الآخر لأن الحقيقة والواقع ان بين الدارين صلات ودية ومعاهدات سياسية ومعاملات تجارية وغيرها ولم تكن المدعية مستامنة ايضا لمضى المدة واستمرار الاقامة وعدم تحقق اختلاف الدارين بناء على الحالة التى بين الدول الآن القاضية بقيام العصمة وعدم انقطاعها بمقتضى القانون الدولى والمعاهدات الدولية فقد اوجب ذلك العصمة المال والدم فى حالة السلم وهى كذلك الآن — فكانت المدعية ذمية — فلم يكن هذا الدفع مقبولا .

اما من ناحية انها ذمية فالفقه يقضي بأن الحاضنه الذمية ولو مجوسية كالمسلمة اذا لم يعقل المحضون ذكرا كان أو انثى وقدروا العقل بسبع سنين لصحة اسلامه حينئذ أو حتى خوف الف الكفر فينتزع من الحاضنة وان لم يعقل دينا كما نص على ذلك فى التنوير وشرحه ، وقال ابن عابدين نقلا عن الطحاوى ولم يمثلوا لالفه الكفر والظاهر ان يفسر بسببه بنحو أخذه لمابدهم وقال نقلا عن الفتح ـ وتمنع الحاضنة ان تغذية الخمر ولحم الخنزير وان خيف ضم الى اناس من المسلمين ـ فالحاضنة غير المسلمة احق بالحضانة ما لم يبلغ المحضون سبع سنين او خيف عليه ان يألف الكفر بالذهاب الى معابدهم مثلا او خيف عليه ان تغذيه الخمر ولحم الخنزير ـ وهذا واضح فى انه اذا عقل دينا بأن بلغ سبع سنين أو خيف عليه شيء مما ذكر ضم الى أناس من المسلمين فينزع الصغير المسلم من الحاضنة غير المسلمة متى خيف عليه ما ذكر وان لم يبلغ سبع سنين لأن تقدير السن التى يخشى عليه منها ان يألف الكفر متروك الى الخوف عليه من ذلك ، ومتى كان ينزع من الحاضنة فى هذه الحالة فبالأولى ان لا يضم اليها .

ومن حيث ان الطفل يتأثر بالمرئيات والمسموعات وهو فى الحولين الأولين من عمره وان يعلم من الماديات ويعلق بذهنه فى هذه السن مثل ما يعلق به فى غيرها من باقى حياته وقد يلقن الطفل كثيرا من امور الدين . وهو وان كان لا يعقل منها شيئا فى الأيام الأولى من حياته اذ قد تكون كلمات يعتادها لسانه ولا يكون لها اثر فى نفسه ولكن اذا كبر وفهم معانى ما تلقنه بالمعاملة والمعاشرة تكون عنده كسائر العادات التى ينقلها من غير ملاحظة معناها . فكل شيء مؤثر من شانه ان يعمل فى عقل الطفل . ومن ظن ان الأطفال لا يفكرون ولا يتأثرون بالحالة المحيطة بهم بعد انقضاء سنتين من عمرهم فقد ظلمهم وحط من قدرهم وان الأطفال وان كانوا فى افكارهم وتأثراتهم ليسوا كأفكار الكفار وتأثراتهم فى جميع الأحوال ، ولكن هذا لا يدعو الى اغفالهم ، وعدم اعتبارهم فقلما يوجد طفل لا يهتدى بنفسه الى ما يلقنه اياه القائمون عليه لذلك كان تمرين الطفل منذ نعومة اظفاره بعينه على فهم ما يقع تحت حواسه ويسهل عليه ربط الحوادث وارجاع بعضها الى بعض حتى يصبح ما يلقنه عقيدة راسخة فى نفسه لذلك كان الطفل كلفا بتقليد كل شيء يقع بصره عليه فاذا اعيته الحيل فى ذلك انتهى بالضحك أو البكاء عجزا ويأسا . ولذلك قال علماء التربية ان جميع الأمهات يعرفن ان الطفل يترقى فى تحصيل العلوم منذ الشهرين الأولين من حياته الى ان يبلغ ستة اشهر وقد حسب له بعض علماء منافع الأعضاء

ما يكتسبه من العلوم وهو فى سن شرين الى ان يبلغ سنتين او ثلاثا من عمره فوجد انه يكتسب منها ثلث ما يكتفى بتحصيله أوساط الناس . فهذه التربية الأولى لا ننكر ان لأمه دخلا فيها وان اخص مؤثر فى تحصيله تلك العلوم هو ملامسته ما يحيط به من الأشياء وتناول مشاعره اياها فان الاحتكاك بالأشياء فى هذه السن ينبوع أصلى من ينابيع العلم والأم هى التى من أعمالها اختيار الانفعالات التى تنشأ من الملامسات وتنوعها وتدريجها فلاشك ان الذهاب به الى المعابد يترك فى نفسه اثرا لا يستهان به فلابد أن يتأثر بما يقع تحت سمعه وبصره فيؤثر ذلك من عقيدته ودينه وحياته ولا مانع يمنع هذه الحاضنة من ان تغذيه الخمر ولحم الخنزير معتقدة حل ذلك كما هى العادة عندهم فى تعميد المولود وتنصيره فى الأيام الأولى من حياته فينشأ على ما تعود فيخشى عليه فساد عقيدته وحينئذ فلا يصح نزع هذا الطفل من أبيه المسلم والقاؤه فى احضان هذه الجدة الذمية .

استؤنف هذا الحكم وجاء بالاستئناف ان المدعى عليه يقول لا حق لها (المستأنفة) فى الحضانة لسببين أولهما انها غير مسلمة والحربية لا حق لها فى حضانة الصغير المسلم وثانيهما ان الولد فى سن يخشى عليه فيها اذا هى امسكته ان يألف دينها وعاداتها وطلب تأييد الحكم المستأنف — وقالت المستأنفة (انها ذمية ولها حق حضانته شرعا وطلبت الغاء الحكم والحكم لها بضم الصغير .

وقبل أن تقول المحكمة كلمتها فى موضوع هذا النزاع نرى ان تذكر هنا انه من المقرر شرعا ان الحضانة ضرب من الولاية (البدائع) فللحاضنة نوع من الولاية على المحضون وانه لا ولاية لغير المسلم على المسلم قال الله تعالى : ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) وكان مقتضى هذا ان لا تحضن غير المسلمة مسلما مطلقا غير ان الفقهاء لما رأوا معنى الحضانة الشفقة على الصغير والنظر فى مصالحه وهذا لا يختلف باختلاف الأديان (بحر وبدائع) استثنوا من الأصل المتقدم اهل الذمة فجعلوا الذمية حقا فى حضانة الصغير ولو كان مسلما ولكنهم قيدوا هذا الحق بما اذا لم يعقل دينا أو يخشى عليه أن يألف غير دين الاسلام أو أن يألف عادات أهل الكفر كأن تأخذه الى معابدها وتسقيه الخمر وتطعمه لحم الخنزير ففى هاتين الحالتين لا يكون لها حق حضانة المسلم بل ان كان فى يدها أخذ منها رعاية لمصلحة الصغير وكذلك يكون الحكم فى كل حال تكون مظنة ضياع مصلحته وهناك النصوص — جاء فى الخانية والبدائع (واهل الذمة فى الحضانة مثل أهل الاسلام) وعلل ذلك صاحب البدائع بقوله : (لأن هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وانه لا يختلف بالاسلام والكفر) وقال فى متن التنوير وشرح الدر المختار : (والحاضنة الذمية كالمسلمة ما لم يعقل دينا أو

يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وان لم يعقل دينا) وقال صاحب الدر : (الذمية كالمسلمة حتى يعقل دينا أو يخاف ان يألف الكفر) وقال شارحه: (فان تألف الكفر قد يكون قبل تعقل الدين فاذا خيف هذا ينزع منها ايضا وجاء فى رد المحتار تفسيرا لالف الكفر ما نصه : (الظاهر سببه بنحو اخذه لمعابدهم وفى الفتح وتمنع ان تغذيه الخمر ولحم الخنزير وان خيف ضم الى اناس من المسلمين) .

فهذه النصوص الفقهية واضحة فى الدلالة على أن الذمية لها حق فى حضانة الصغير المسلم بشرط الا يعقل دينا أو يخاف عليه أن يألف الكفر أو أن تطعمه الحاضنة ما لا يجوز لمسلم أن يتناوله ، وان غير الذمية كالحربية والمستأمنة لا حق لها فى حضانته مطلقا .

ثم قالت المحكمة : « اذا تقرر هذا لزم ان نبحث حال المدعيه لنعرف من أى طائفة هى : أهى ذمية فلها حق فى حضانة هذا الصغير ام ليس ذلك فلا حق لها » ؟ ..

فنقول نص الفقهاء على أن الولاية تنقطع باختلاف الدارين وأن الدار تختلف باختلاف ظهور الاسلام والكفر فيها وأن ظهور كل منهما بظهور أحكامه فكل بلاد ظهرت فيها أحكام الاسلام دعيت دار اسلام وكل بلاد ظهرت فيها غير احكامه سميت دار حرب ولا خلاف بين فقهائنا فى ذلك . ونحن اذا نظرنا فى نظام دول العالم الآن ، رأينا أن فيها من اتخذت الاسلام شعارها وجعله دينا رسميا لها كالدولة المصرية ، ومنها من اتخذت غير الاسلام دينا كسائر الدول المسيحية ـ فالدولة الاسلامية تعتبر جميع بلادها دار اسلام وجميع رعاياها يعتبرون من أهل دار الاسلام ، أما المسلم منهم فأمره ظاهر ، وأما غيره فلانه رضى بأحكامها وخضع لقوانينها ونزل على حكم قضائها لا فرق بينه وبين المسلم فى شىء من ذلك ، اللهم الا ما كان له أساس بالعقائد الدينية وهؤلاء هم الذين يسميهم الفقهاء أهل الذمة لهم ما لنا وعليهم ما علينا وعلى هذا فكل من كان مصرى الجنس كان من أهل دار الاسلام سواء أكان مسلما أم يهوديا أم نصرانيا أم كان غير ذلك (والقوانين بينت المصرى والأجنبى) فمن كان مصريا كان من أهل دار الاسلام ، ومن كان اجنبيا لم يكن من أهلها ــ أما الدول المسيحية فتعتبر بلادها فى اصطلاح الفقهاء دار حرب وجميع رعاياها من غير المسلمين يعتبرون بالنسبة لنا من أهل دار الحرب (وان لم تكن بيننا وبينهم حرب قائمة) ولو كانوا مقيمين فى بلادنا ما لم يرضوا بأحكام الاسلام ويخضعون لقوانين البلاد وما تضعه حكوماتها من النظم واللوائح العامة لرعاياها ، فان هم رضوا بذلك وانقطعت صلتهم بدولتهم كانوا بيننا أهل ذمة لهم ما لنا وعليهم ما علينا ــ هذا هو التطبيق العملى لأحكام الفقه فى اختلاف الدارين فى زمننا هذا ــ

فقد اصبح لكل دولة حدود ثابتة مكفولة بمعاهدات مرعية بحيث لا يسوغ لأهل مملكة ان يجتازوا حدود بلادهم الى مملكة مجاورة الا باذن خاص ولكل دولة نظمها وقوانينها ولكل دولة جيوشها البرية واساطيلها البحرية والهوائية لا تناصر بين الدول ولا تعاضد بل هناك التنافس والتحاسد لا علاقة لدولة بغيرها الا بقدر ما تسمح به المعاهدات وهذا قابل للتعديل والتغيير والمحو والاثبات ـ فاذا بدأ لدولة ان مصلحتها فى انهاء ما بينها وبين صاحبتها من عهد كان لها ذلك وعندئذ تنقطع العصمة ولا يكون هناك ما يضمن السلم بينهما ـ وها هى الدول الكبرى تجتمع للبحث عما يكفل السلم بين الأمم ويمنع نشوب الحرب بينها ثم تفترق كما اجتمعت دون ان نصل الى نتيجة مرضية ، فكيف يقال مع هذا بعدم اختلاف الدار فى زمننا الهم أن الدور مختلفة متعددة باختلاف الدول وتعددها . وما عناه الفقهاء قديما باختلاف الدار هو ما نعرفه الآن باختلاف الدول والقول بغير ذلك بعيد عن آراء الفقهاء وما تقتضى به النظم الدولية العامة .

بقى أن يقال اذا لم يكن الأجانب من غير المسلمين فى ديارنا من اهل دار الاسلام فكيف تكون اقامتهم بيننا ؟ فنقول ان اقامتهم هنا كاقامة المستأمن من اهل دار الحرب .

فالمستأمن هو من دخل دار الاسلام بامان والأصل فيه كما قال صاحب البدائع أنه اذا دخل الحربى دار الاسلام بامان ينبغى للامام ان يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضى رايه ـ ويقول له ان جاوزت المدة جعلتك من اهل الذمة فان جازوها صار ذميا فان مكث سنة من يوم ان قال له الامام ذلك اخذ منه الجزية ـ وفى الدر (ان مكث سنة بعد قول الامام فهو ذمى لأنه لما أقام سنة بعد قول الامام (صار ملتزما بالجزية) قال فى البحر (وظاهر فى الكتاب أن الامام له ما ذكر شرط كونه ذميا فلو مكث سنة قبل مقال الامام لا يكون ذميا) وبه صرح العتابى فقال : (لو اقام سنين من غير أن يتقدم الامام اليه فانه الرجوع ولفظ المبسوط يدل على خلافه والأجه الأول كما فى فتح القدير) وقول العتابى فله الرجوع يعنى لبلاده لانه لم يعد ذميا بالاقامة بيننا قبل أن يتقدم اليه الامام أو نائبه بما ذكر او صار ذميا لم يمكن من العودة الى ذكر الحرب حتى يعطى الجزية فاذا اعطاها ورجع الى دار الحرب انتقى عهد ذمته وصار حربيا .

وهناك نوع من الأمان يسمى الموادعة وهو المعروف الآن بالمعاهد على انفسهم واموالهم ونسائهم وذرياتهم وهى كما فى البدائع (ص ١٠٩ جزء ٧) عقد غير لازم يحتمل للنقض اذا وقع ، على ان يكون الموادعون متبقين على احكام الكفر ، فاما اذا وقع على ان يجرى فيهم احكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لأن السلطة الواقعة على هذا الوجه عقد ذمة فلا

يجوز للامام ان ينبذ اليهم وكما فى المبسوط (فان رأى أى الامام الموادعة خيرا فوادعهم ثم نظر فوجد موادعتهم شرا للمسلمين نبذ اليهم الموادعة هذا هو حكم المستأمن فى دار الاسلام والفقهاء لا يعتبرونه من أهل الدار التى دخلها بأمان وان طالت اقامته فيها بل من أهل داره التى جاء منها .
ولاشك أن هذا حال الأجانب فى بلادنا فقد دخلوا هذه البلاد بأمان على أنفسهم وأموالهم غير ملتزمين أحكامنا ولا ممنوعين من العودة لبلادهم ولا مقيدين بمدة ولا مفروض عليم جزية ، بل هم أحرار فى بلادنا ، يقيمون حيث شاءوا ، ويسافرون كلما أرادوا ، ويعودون متى أحبوا ، من غير قيد ولا شرط ، الا ما تقضى به النظم الدولية العامة ، فهذا هو شأن المستأمن عند الفقهاء ولولى الأمر ان يحظر الاقامة فيها على من أراد أن يخرج منها من رأى الخير فى اخراجه والشر فى بقائه وعلى هذا فالأجانب فى بلادنا مستأمنون قد اعطوا الأمان باتفاقات ومعاهدات لما فى وجودهم بيننا من خير كثير لبلادنا وتسرى عليهم أحكام المستأمنين .

ثم قالت محكمة الاستئناف ان ما قالته محكمة أول درجة من أن المدعية ذمية فغير صحيح اذ لم يتحقق فيها شىء مما يصير به المرء ذميا فى نظر الفقهاء فليس بيننا وبينها عقد ذمة ولم تضرب عليها جزية ولم تثبت لدى المحكمة أنها تملك عقارا ضرب عليه الخراج ولا أنها أقامت بيننا خمسة وعشرين سنة كما جاء بأسباب الحكم فضلا عن أن طول مدة الاقامة لا يعتبر عقدا للذمة ولا خضوع فيها لأحكام دار الاسلام ولا غير ذلك مما جعله الفقهاء شرطا لتحقيق عقد الذمة ولو ضمنا .

٢٣/٣٢٤٦ الجمالية (٣٤/١٠/١٤) ت س م ش ١٨٧/٦

□■□

ط

طاعة

طلاق

طلاق الذمى

طاعة (١)

(١) تضمنت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ١٩٣١/٧٨ النص فى مادتها رقم ٣٤٥ الواردة بالكتاب الخامس فى تنفيذ الأحكام على ان « تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى الى استعمال القوة ودخول المنازل ؛ ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى او رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ » . ونصت المادة ٣٤٦ على أن « يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة مادامت زوجة وكذا الحكم بتسليم الولد ومن هذين النصين يستمد تنفيذ الحكم بالطاعة الأساس القانونى فى الاجراءات التى ينفذ بمقتضاها .

وفى ١٩٦٧/٢/١٢ أصدرت وزارة العدل منشورا بشأن تنفيذ أحكام الطاعة قالت فيه « عمت الشكوى مما جرى عليه العمل من تنفيذ الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة بحملها الى منزل الزوجية قهرا عنها دون أن يراعى فى كيفية اجراء هذا التنفيذ تلقى التعليمات بشأن من رئيس المحكمة أو من القاضى المختص على ما توجبه المادة رقم ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولما كان تنفيذ احكام الطاعة على الوجه المتقدم لا يقوم على سند من الشريعة الغراء كما لا تقره الشرائع السماوية الأخرى ، بالاضافة الى ما ينطوى عليه من امتهان لكرامة المراة وقيام الأسرة على أساس من التصدع والكراهية ينعكس أثره ولاشك على الأولاد جيل فى رد الزوجة عن نشوزها حكم الطاعة من آثار شرعية . وازاء ذلك ونظرا لتوزع التنفيذ بين جهات الشرطة والمحضرين وحرصا على المصلحة العامة نرجو التأشير من رئيس المحكمة أو القاضى المختص بحسب الأحوال على جميع الأحكام الصادرة بطاعة الزوجة قبل تسليمها الى ذوى الشأن بأن يكون تنفيذها بطريق اعلان الزوجة بأن عدم امتثالها لتنفيذ الحكم مسقط لحقها فى النفقة ، وقد اخطرت وزارة الداخلية بعدم قبول الأحكام المذكورة للتنفيذ بواسطة رجال الشرطة » .

المادتان ٣٤٥ ، ٣٤٦ سالفتى الذكر بينتا أن : (١) أن حكم الطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك ، يكون تنفيذه قهرا ولو أدى الى استعمال القوة ودخول المنازل . (٢) يتبع رجال التنفيذ

تعليمات القاضى الجزئى او رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتهـا محل التنفيذ . (٣) يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دمت زوجة ، وكذا الحكم بتسليم الولد . وبهذا يتضح أن تنفيـذ حكم الطاعة قهرا ولو باستعمال القوة ودخول المنازل له سنده من نص القانون . أما ما ورد بمنشور الوزارة من أن تنفيذ حكم الطاعة يكون بالاعلان والتنبيه به ، لا يقوم على سند من القانون ـ خاصة اذا ما لوحظ أن منشور الوزارة لا يقيد نصوص القانون .

واذا كان الاتجاه الى منع تنفيـذ حكم الطاعة على الزوجة جبرا ، فلا سبيل الى ذلك الا بتعديل نص القانون بقانون مثله .

□■□

(المبدأ ١) : الطاعة واجبة على الزوجة شرعا بمجرد ايفائهـا عاجل صداقا وتهيئة مسكن شرعى لها وطلبها اليه ، وعدم وجود مانع ، من غير توقف على حكم من القاضى بدخولها ، فضلا عن أن يصير الحكم نهائيا .

كون الزوجة غير ملزمة بطاعة زوجها قبل ان يصـير الحكم عليهـا بالطاعة نهائيا مخالف للحكم الشرعى ، فان طاعة الزوجة لزوجها واجبـة عليها شرعا ، بمجرد ايفائها عاجل صداقها ، وبتهيئة مسكن شرعى لها ، وطلبها اليه ، وعدم وجود مانـع آخر ، بدون توقف على حكم من القاضى عليها بدخولها فى طاعته ، فضلا عن أن يصير هذا الحكم نهائيا وينفذ عليها بالطرق الاجبارية .

٤٠/٤٠٥٦ ك س مصر (٤١/١٠/٣٠) م ش١٢/١٠/٥٦

□■□

(المبدأ ٢) : للزوج على زوجته حق التمتع والطاعة وليس لهـا اذا ضربها او آذاها الا أن ترفع امرها الى القاضى الذى له ولاية زجره ومنعه من التعدى عليها لا أن تمتنع من الدخول فى طاعته بحجة ضربه اياها .

انالزوج يملك على زوجته حق التمتع والطاعة بمجرد العقد عليها ، وليس لها الامتناع عن تسليم نفسـها اليه ، بسبب الضرب ، ولا تملك الرغبة عن الاقامة فى مسكن الطاعة بحجة أنه يضربها ويؤذيها ، فان ضربها الزوج و أذاها زجره القاضى ومنعهمن التعدى فى حقها . جاء فى الفتاوى المهدية جزء ١ ص ٤٤٣ ما نصه : « سئل فى امراة خرجت من بيت زوجها بسبب اضراره لهـا وايذائه الايذاء الكلى وضربه لهـا فهل يؤمر بحسـن المعاشرة ويمنع من ضربها بغير حق ومن اساءتها ، واذا ضربها بعـد ذلك وامتنعت عنه بغير حق تكون ناشزا ــ أجاب نعم يؤمر بحسن معاشرتهـا وتؤمر بطاعته » وبذلك يبين أن ضرب الزوج لزوجته ليس مانعا من وجوب طاعتها .

٣٩/٤٧٤ منفلوط (٤٠/٦/٣٠) م ش ١٣٦/٨/١١

□■□

(المبدأ ٣) : الزوج يملك على زوجتـه حق التمتع والطاعة بمجرد العقد ، وليس لها الامتناع من تسليم نفسها اليه بسبب الضرب والاساءة، ولا تملك الرغبة عن الاقامة فى مسكن الطاعة بسبب ذلك ، متى كان للمسكن جيران صالحون يوثق بهم فان ضربها الزوج وآذاها زجره القاضى ومنعـه من التعدى فى حقها .

يقضى الفقـه بأن الزوج يملك على زوجتـه حق التمتع والطاعة بمجرد العقـد ، وليس لهـا الامتنـاع عن تسليم نفسها اليـه ، بسبب الضرب والاساءة ، ولا تملك الرغبة عن الاقامة فى مسـكن الطاعة بحجـة أن الزوج يضر بهـا ، ويؤذيها متى كان جيران المسكن صالحين يوثق بهم ، ولا يميلون

الى الزوج ــ فان ضربها واذاها زجره القاضى ، ومنعه من التعدى فى حقها كما نص على ذلك فى الخانيــة والهندية فى أوائل فصل المســكن نقلا عن المحيط .

ومن حيث ان القاضى المختص بالتاديب قد زجره بالغرامة ، فقد حصل ما قضى به الفقه ، فلا يجمع عليه بين هذا الزجر ، وبين منع الزوجة من تسليمها نفسها اليه ، من غير طلب التفريق ، اذ لو كان هذا من حقها لأدى الى ابطال عقد الزواج ، والى تطبيق نظام الهجر فى الفراش ، والى منع ولاية الزوج على زوجتــه ، مع قيام النكاح ، والى منعــه من تسليم زوجته اليه فى اى مسكن ، لأن السبب يرجع اليه ، لا الى المسكن والفقــه ينبو عن هذا ــ فقد جاء فى الجزء الاول من الفتاوى الهندية صفحة ٤٤٢ ما نصه : « سئل فى امراة خرجت من بيت زوجها بسبب اضراره لها وايذائه الايذاء الكلى وضربه لها فهل يؤمر بحسن المعاشرة معها ويمنع من ضربهــا بغير حق ومن اساءتها واذا ضربها بعد ذلك وامتنعت عنــه بغير حق تكون ناشزا ؟ اجاب نعم يؤمر بحسن معاشرتا وتؤمر بطاعته » وهــذا وضح فى اعتبارها ناشزا بمنعها نفسها عنه مع تكرار الضرب والاساءة فالأولى تؤمر بطاعته ولا تمكن منها ويؤمر بحسن معاشرتها اذا لم يتكرر منه ذلك .

١/٣٥ ك س أسيوط (١/١٢/٣٥) م ش ٧/٢٠٠

□■□

(المبدا ٤) : الطاعة واجبة على الزوجة لزوجها متى توافرت شروطها ، وثبتت امانتــه عليها وعدم قصده المضــارة . فلا يمنع من ذلك النص فى قسيمة الزواج على انه قبل تزوجها بشرط الاقامة فى منزل معين وانه ليس له نقلها لأى جهة اخرى الا برضاها لأن هذا على فرض حصوله من الزوج من قبيل الالتزام بما لا يلزم .

للفقهاء أقوال كثيرة فيما اذا طلب الزوج زوجته الى بلد آخر ، وقد أوفاها حال مهرها ، وتأبى هى الخروج معه ، فقيل للزوج أن ينقلها حيث يشاء ، وقيل لا يسافر بها الى بلد غير بلدها ، وقيل ان كان ماموناً سافر ، والا فلا ، وقيل يجوز نقلها الى القرى القريبة من بلدها لعدم تحقق الغربة ، وقد نقل صاحب انفع الوسائل فى كتابه فى هذه المسالة نقولا كثيرة الى ان قال « والذى ينبغى أن ينظر اليه وطن المراة الذى فيه عشيرتها وقومها فان كان تزوجها بين قومها ثم طلب بعد ذلك أن ينقلها الى بلد آخر لا يجاب الى ذلك ويحكم بالمنع ، وان كانت فى مقر ليس فيه عشيرتها وقد تزوجها منــه واصلهــا من مقر آخر ينبغى الا يحكم لها بالمنع وايضا ينبغى للحــاكم ان يستكشف عن حقيقة الحال وينظر فى طلب الزوج السفر باهله فان تبين فى طلبه مضارة لأجل ان تهبه شيئا من المهر أو تترك الكسوة او لأمر جرى بينهما من خصومة ونحوها فلا يجيبه الى ذلك خصوصــا اذا لم يكن ماموناً

عليهـا » ... ومن حيث أن الاقرار المنسوب للمـدعى عليـه (شرط على نفسـه أن تقيم فى منزل والدهـا ...) على فـرض صـحته فهو من باب التزام ما لا يلزم .

٤٣/٦٩٣ امبابة (٤٤/٢/٦) م ش ٦٣/٥/١٦

□■□

(المبدا ٥) : للزوج على زوجته حق الطاعة .

للزوج حق الطاعة على زوجته ، كما أن له أن ينفذ عليها حكم الطاعة بالقوة الجبرية ، وهو حق خوله له الشرع والقانون . ولكن يجب أن يلاحظ أن يكون ذلك مقرونا بحسن المعاملة ، والمعاشرة ، لا بقصد مزلتها وهوانها واهدار حقوقها التى لها على زوجها فقد قال تعالى : « ولهن مثل الـذى عليهن بالمعروف » ـ ولـكن البعض اسـاء استعمال هذا الحق ففهم بيت الطاعة على خلاف ما قرره الدين الاسلامى حتى مكن بعض سيدات هـذا المصـر من الثـورة ضـد بيت الطاعـة مطالبـات بالغـائه ولو حسن استعمال هذا الحق وفهم كل منا ما له وما عليـه من الحقوق الزوجية طبقا لما قررته الشريعة السماوية ، ما ارتفع صوت بمثل ما ارتفع هذا الصوت فى مصر ، ولكنا فهمنا هذا الحق على غير وجهـه ، والا فكيف يسـكن الزوج الى زوجته ، أو تسـكن هى اليه ، ويكون بينهمـا المودة والرحمة ، وهو يذلها ويقهرها . ويحبسها ، على هذا النحو ، مما يجعل البيت جحيما ، بدلا من أن يكون نعيمـا ، يسوده الاخلاص ، والمحبـة ، والوفاء ، وهو ما اراده الله تعـالى بقوله : « ومن آياته ان خلق لـكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » .

٥١/١٢٤٩ س ك مصر (٥١/٥/٢٨) م ش ٢٢/٣٦٣

□■□

(المبدا ٦) : لا تجبر الزوجة على الطاعة الا بعد ايفائها عاجل صداقها.

النص الشرعى يقضى ، بأن للزوجة أن تمنـع نفسهـا من الوطء ، ودواعيه ، ومن النقلة ، ولو بعد وطء وخلوة رضيتها ، حتى تأخذ ما بين تعجيله من المهر كله أو بعضه ، حتى لو أعطاها المهر الا درهما ، فلها المنع.

٢٨/٦٩٥ العياط (٢٩/٩/١٦) ت س م ش ١/٥١٨

□■□

(المبدا ٧) بقاء جزء من عاجل الصـداق فى ذمة الزوج زائدا عمـا تعورف تعجيله غير مانع من الحكم على الزوجة بطاعته .

ليس للزوجة ان تمنع نفسـها من الزوج سبب القـدر الزائـد على المعجل عرفا من الصداق ، حتى ولو نص على أن هذا القدر حال ، تطالبه به متى شاءت ، ويصير ما زاد على المعجل عرفا دينا كسائر الديون الحالة التى لها عليه فانها لا تملك شرعا أن تمنع نفسها منه ان لم يوفها اياه فكذا

هذا . وقال لا يقال قد يفرق بين بقية الديون وبين هذا من ان هذا القدر هو فى مقابل البضع ، ولا كذلك سائر الديون ، لأنا نقول هذا كما اذا كان التأجيل مصرحا به مشروطا فانها لا تملك المنع وان كان المهر ثمة فى مقابلة البضع فكذا هذا فالقول بأنه ليس لها أن تمنع نفسها حتى تاخذ بقية المال لا منافاة بينه وبين ما يذكر فى الأصدقة أنه دين حال تطالبه به متى شاءت لأن ذلك تأكيد المطالبة (راجع حكم الأصدقة والمهر ص ٢٣ ، ٣٤) .

٣١/٤٩٦ س ك الجيزة (٣٢/٣/٩) م ش ٤/٤٥٤

□■□

(المبدأ ٨) : لا تسمع دعوى الطاعة من الزوج باقراره بعدم ايفاء الزوجة عاجل صداقها .

ومن حيث انه ــ اى الزوج ــ لم يدخل بها وقد تبين مما تقدم ، ان لها عنده بعض عاجل الصداق ، فلا حق له فى طلبها لطاعته ، الا اذا دفعه لها ولها الامتناع شرعا حتى تقبضــه جميعه (ابن عابدين جزء ٢ ص باب المهر عند قوله « لأخذ ما بين تعجيله » وما بعدها) .

٣٤/٤٧٧ شبنا (٣٥/٣/٦) ت س م ش ٦/٤٥٣

□■□

(المبدأ ٩) : للزوجة الخروج لزيارة والديهـا كل اسبوع مرة بدون اذن زوجهـا ، ولهما زيارتها كذلك كل أســبوع مرة ولا يجوز منعهما من زيارتها . فاذا منعها الزوج من الخروج لزيارتهما فقد حرمها حقها فظلمها فلا يكون امينا عليها لان الظلم والأمانة لا يجتمعان .

بمــا أن الحكم الشرعى على القول الصحيح من المــذهب أن للزوجة الخروج لزيارة والديها كل أسبوع مرة بدون اذن زوجها ، وأن لوالديهــا زيارتها كذلك كل أسبوع مرة ولا يجوز لزوجها منعهما من زيارتها ــ وقد ثبت ان المدعى (الزوج) قد حبسها أكثر من هذه المدة ومنع عنها والديهــا وأقاربها ، وبذلك منعها حقها ، فيكون قد ظلمها ، فلا يكون امينا عليهــا لأن الظلم والأمانة لا يجتمعان .

٢٩/٤٥ تلا (٣٠/٤/١٢) ت س م ش ١/٩١٣

□■□

(المبدأ ١٠) : تقبل دعوى الطاعة بعد وجود صلح بين الزوجين على الطاعة فى مسكن لم يعترف بشرعيته .

ومن حيث أنه وان نص شرعا على أن الدعوى اذا فصل فيها بالوجــه الشرعى لا تعاد مرة أخرى ، الا ان ذلك مقيد بما اذا لم يكن للخصم فائدة من اعادتها ، وقد ظهر ان الفصل فى الطاعة فيما سبق كان صلحــا ، ولم

تثبت به شرعية المسكن ، فلا شك ان للمعارض ضده فائدة فى اعادة الدعوى وطلب الحكم له بالطاعة .

٢٩/٣٢٣ ازبكية (٣٠/١/٩) م ش ١/٨١٤

□■□

(المبدا ١١) : اذا اقر انه لا حق له فى نقل زوجته من جهة معينة الى جهة اخرى صح هذا الاقرار ويؤخذ به شرعا ، فلا تسمع منه دعوى نقلها من تلك الجهة .

من حيث ان الخصمين تنازعا فى انه هل يترتب شرعا على ما جاء بتلك الورقة سقوط حقه فى طلب نقلها من القاهرة الى جهة اخرى أوالمرجع فى ذلك للقواعد الشرعية . وقد جاء فى البدائع فى الكلام لى المهر عن ابى حنيفة ان ما شرطه الزوج من طلاق المراة وترك الخروج من البلد لا يلزمه فى الحكم لأن ذلك وعد لها فلا يكلف الوفاء به ، وذكر صاحب البحر عند قول الكنز (ولو نكحها بألف على الا يخرجها ... الخ) . ضابطا لنوع هذه المسألة ومثل له بما اذا شرط الا يخرجها من البلد أو ان يطلق ضرتها ثم قال ولا بد ان يكون بصيغة المضارع ليكون وعدا ، اما اذا شرط بالمصدر كما اذا زوجها على الف وعتق أخيها عتق الأخ بنفس النكاح فيفيد ذلك أن الحكم يختلف باختلاف الصيغة ومن الواضح ان لكل صيغة حكما . ومن حيث ان الصيغة الواردة بالورقة المقدمة هى قوله « أقر بانه ليس لى الحق فى اى وقت ولا لأى سبب كان مطالبتها أو ارغامها باى وجه بمغادرة القاهرة للتوطن فى اى جهة اخرى ... الخ » . وهى لم تذكر شرطا فى العقد بصيغة المضارع كما ذكر صاحب البحر فلا تكون من قبيل الوعد الذى يلزم الوفاء به وانما هى صيغ الابراء والاقرار بالبراءة ويتضح ذلك فيما يلى : ففى الأنقروية من الجزء الثانى من الفصل الثانى من دعوى الابراء والصلح نقلا عن الخانية اتفقت الروايات على أن المدعى لو قال لا دعوى لى قبل فلان أو لا خصومة لى قبل فلان فلا تصح حتى لا تسمع دعواه الا فى حق حادث بعد الابراء وفى رسالة اعلام الاعلام لابن عابدين وفى تنقيح الحامدية بكتاب الدعوى والابراء وفى غيرهما من الكتب انه لو اقر بانه لا حق له قبل فلان يجوز ويتناول جميع الحقوق وليس له أن يدعى حدا ولا قصاصا ولا ارثا ولا كفالة بنفس ولا مال ولا دينا ولا وديعة ولا شيئا من الأشياء الا شيئا حدث بعد البراءة وقد حرر ابن عابدين رحمه الله فى خاتمة رسالته المذكورة ان كلا من الاقرار والابراء يراد به قطع النزاع وفصل الخصومة وان المراد منهما واحد ولذا عبروا بكل واحد منهما على الآخر وان اختلفا مفهوما . وهذه النصوص صريحة بان الشخص اذا اقر بانه لا حق له فى دعوى معينة و ابرأ منها ، جاز ، وليس له أن يدعيها بعد ذلك ، الا لسبب حادث بعد البراءة ـ ولا يفوتنا ان ننبه هنا الى انهم

توسعوا فى جواز الابراء من الدعاوى اكثر مما توسعوا فى غيرها فقد قرروا ان الابراء من دعوى الاعيــان جائز وان كان الابراء من الأعيــان نفسهــا لا يجــوز .

ومن حيث ان عبارة المدعى ظاهرة فى اقراره بانه لا حق له فى دعوى نقل المدعى عليها من القاهرة وقد تبين مما ذكرنا أن اقرار الشخص بأنه لا حق له فى دعوى شىء من الأشياء جائز ويؤخذ به ولا يصح أن يدعيــه الا نسبب حادث بعد الاقرار . ومن حيث أن السبب هنا المرتب عليه حق نقلها هو الزوجية وليست حادثة بعد الاقرار المذكور وبه سقط حقــه فى دعوى نقلهــا الى تلك الجهة فلا تسمع دعواه هــذا الحق بسبب هــذه الزوجية ، وقد جاء فى تنقيح الحامدية من الباب الثانى من كتاب الوقف اقر بأنه لا حق له فى الوقف يعتبر اقراره فى حق نفســه ويسقط حقه من ريع الوقف وهذا باطلاقه يشمل حقه فى ريع الوقف مستقبلا فلا يقال أن حق الزوج فى طلب نقلها يتجدد بتجدد الزمن وهو انمــا يطلب ما حــدث بعد الابراء ولا يقال ذلك لأن ريع الوقف اظهر فى التجدد والحدوث وقــد سقط حق المقر لأنه لا حق له فيــه وهو باطلاقه يتناول المستقبل كمــا ذكرنا ، على أن المدار فى قبول الدعوى بعد الاقرار أن تكون بحق بنى على سبب حادث بعــد الابراء ــ ولا شك أن السبب هذا المترتب عليــه حــق النقلة هو الزوجيــة وليست حادثة بعــد الابراء حتى تقبل دعوى الحق المترتب عليه على أن المدعى قد عمم فى ابرائه بقوله فى أى وقت ولأى سبب كان فلا تسمع دعواه .

٣٢/١٣٢٣ الجمالية (٣٣/٤/١٢) ت س م ش ٥/١٦٥

□■□

(المبدا ١٢) : الوجه تفويض امر نقــل الزوجة مع الزوج الى راى القاضى دون التقيد بالمسافة فى هذه الايام لسهولة المواصلات وامن الطريق واختلاف الافتاء فى ذلك ــ وفى قبض الأجل .

المنصوص شرعا اختلاف الافتــاء فى نقل الزوجة ، وظاهر الرواية انها تجبر على السفر مع الزوج اذا أوفاها بالمعجل وذكر فى جامع الفصولين أن الفتوى عليه حيث جاء فيه بالنص بعد أن رمز للتجنيس والفتوى على ان له ان يسافر بها اذا اوفاها المعجل بقوله تعالى : « اسكنوهن من حيث سكنتم » فهو افتاء بظاهر الرواية . وافتى الفقيهان ابو القاسم الصفار وابو الليث بأن ليس له ذلك مطلقا بغير رضاها وصرح فى شرح المختــار بذلك ، قال وعليه الفتوى ــ وافتى بعضهم بانه اذا اوفاها العاجل والآجل وكان مامونا عليهــا له أن يسافر بها والا فلا ــ وقال صــاحب المجمع فى شرحه وبه يفتى . وقد أفتى به الشهاب الحلبى قاطعا به وصورة افتائه بحيث لم يكن للمراة على زوجها مهر حال أو مؤجل ، وكان مامونا عليها

وكان الطريق امنـا فله نقلها حيث اراد وليس لها الامتنـاع حينئذ فان امتنعت فلا نفقة لها ولا كسوة مدة امتناعا وتكرر افتاؤه بذلك وكذا افتى به غير اهل عصره ، وقال الخير الرملى فى فتواه بعد ان نقل عبارته ـ ومن اهل عصرنا ونحن نفتى به لموافقته لظاهر الرواية وانتفاء المضارة مع كونه مأمونا عليها وكون الطريق آمنا وعملا بالآية الكريمة ـ اسكنوهن من حيث سكنتم ـ وتميل المحكمة الى الاخذ بما افتى به الشاب الحلبى ومال اليه واخذ به الخير الرملى ـ غير أن اشتراط قبض المؤجل يجب الا يقف فى سبيلنا اذ المهم ان تستوفى العاجل لما له من الارتباط باعداد مستلزمات الزواج ، وتواضع القوم على وجوب استيفائه قبل الدخول ، واتفاق ذلك مع الصريح من المذهب من وجوب طاعتها له متى استوفت هذا العاجل وعدم اشتراط قبض الأجل فى غير المسافرة .

٣٢/٥٥٧ أجا (١٦/١٠/٢٣) ت س م ش ١١/٦/٨٥

□■□

(المبدا ١٣) : اذا كان الزوج ممن يرتزقون بكسب يدهم وجب أن تتبعه زوجته الى حيث يعمل .

اذا كان الزوج ممن يرتزقون بكسب يدهم وجب أن تتبعه الزوجة الى حيث يعمل ليعيشا دون التمسك بأى اعتبار آخر لأن كسـبه ليس مقصورا على مكان أو عمل واحد والا وقع الأزواج فى حرج .

٣٢/٥٥٧ أجا (١٦/١٠/٣٣) ت س م ش ١١/٦/٨٥

□■□

(المبدا ١٤) : للقاضى ان يتصرف برايه فى طلب الزوج طاعة زوجته له فى بلد آخر غير بلدها الذى عقد عليها فيه والذى هو مقر عشرتها ،فان راى فيه ما يرجح قصد المعاشرة الصحيحة اجابة الى طلب الطاعة والا فلا

للفقهاء اقوال كثيرة ، فيما اذا طلب الزوج السفر بزوجته الى بلد آخر ، وقـد اوفاها حال مهرها ، وتأبى هى الخروج معـه ، فقبل للزوج ان ينقلها الى حيث شاء ، وقيل لا يسافر بها الى بلد غير بلدها ، وقيل ان كان مامونا سافر ، والا فلا ـ وقيل يجوز نقلها الى القرى القريبة من بلدها لعدم تحقق الغربية ، وقد نقل صاحب انفع الوسائل فى كتـابه فى هذه المسالة نقولا كثيرة ، الى ان قال ، والذى ينبغى ان ينظر اليه ، وطن المراة الذى فيه عشيرتا وقومها ، فان كان تزوجا فيه بين قومها ثم طلب بعد ذلك ان ينقلها الى بد آخر ، لا يجاب الى ذلك ، ويحكم لها بالمنع ، وان كانت فى مصر ليس فيه عشيرتها ، وقد تزوجها فيه ، واصلا من مصر آخر ، ينبغى الا يحكم لها بالمنع ، وايضا ينبغى للحاكم ان يستكشف عن حقيقة الحال ، وينظر فى طلب الزوج السفر باهله ، فان كان طلب مضارة لأجل أن تهبـه من المهر ، أو تترك الكسـوة ، او لأمر جرى بينهمـا ، من

خصومة ونحوها ، فلا يجيبه الى ذلك ، خصوصا اذا لم يكن مأمونا عليها ويحكم لها بالمنع .

٣٤/٧٩٨ بنى سويف (٣٥/٣/١٣) م ش ٦/٩٩٢

□■□

(المبدأ ١٥) : اذا رضيت الزوجة دخولهـا بيت الطاعة ثم تعنتت وامتنعت عن الدخول فلا حق لها فى الحجز عليه ولا فى طلب عدم صلاحيته مسكنا للطاعة .

حيث أن الزوجة رضيت ان تدخل بيت الطاعة ، فى قضية النفقة، وتبين أنها ممتنعة ولا تريد الذهاب الى بيت الطاعة ، حتى بعـد الصلح على الدخول فيه ، وحيث ان محضر الحجز تبين منه توقيع الحجز على بعض الأدوات ، وبديهى أن لا حق لها فى توقيع الحجز ، لأنها متعنتـة ، ولا تريد الذهاب الى بيت الطاعة ، فهى ناشزة ، ولا حق للناشزة فى الحجز على أدوات المسـكن . وتبين من محضر عـدم الوجود بعض العنت مـن المحضر ، يؤخذ منـه الاتفاق بينها وبينـه بدليل قوله « فلم نجـد شىء يستحق حجزه » .

٣٦/١٢٣ ابنوب (٢٧/٣/٦) ت س م ش٨/٤/٢٤٠

□■□

(المبدأ ١٦) : تغير مسكن الطاعة دون سبب مقبول .

لو اتخذ الزوج وهو من أهل الحرف سكنا للطاعة فى غير بلده الذى ولد ونشأ وباشر حرفته به وعاشر زوجته فيه زمنا طويلا ولم يذكر سببا مقبولا يبرر انتقاله الى البلد الجديد لا يجاب الى طلب الطاعة ، لما فى ذلك من الدلالة على انه انما يقصد الاضرار بالزوجة .

٣٧/٣١٩ ك س مصر (٣٨/٣/١٠) م ش ٩/٦٢٥

□■□

(المبدأ ١٧) : النقل الى ما دون السفر لا يعد غربة .

المنصوص عليـه شرعا أن للزوج أن يخرج زوجتـه من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر ، ومن القرية الى القرية ، لأن النقـل الى ما دون السفر لا يعد غربة ، ويكون بمنزلة النقل من محلة الى محلة .

٥١/٥١١ الجيزة (٥١/١١/١٨) ت س م ش ٢٣/١٣٦

□■□

(المبدأ ١٨) : لا يجاب الزوج الى طلب زوجته لطاعته متى ثبت انه غير امين عليها .

حيث انه تبين ان المدعى غير أمين على مالّ المدعى عليها ، وحيث ان ما صنعته بجهازها يدلّ على سوء طويه ، وانه لا يتحرج عن الاضرار بهـا،

ومثله لا يكون امينا عليها . وحيث أن طاعة الزوجة لا تجب عليها لزوجها الا اذا كان امينا لايخشى من معاشرته الاضرار بها .

١٢١٨/٩٣١ سنورس (٢٢/٨/٢٤) ت س م ش ٥/٩١٢

□■□

(المبدأ ١٩) : تهريب جهاز الزوجة يدل على عدم امانة الزوج خاصة اذا ادعى وقت ضبطه أنه ملك لغيرها .

تهريب جهاز الزوجة يدل على عدم أمانته (أي الزوج) على مالهـا ، لاسيما اذا ادعى وقت ضبطه أنه ملك لغيرها ، وهو دليل على عدم تحرجه عن الاضرار بها ، فلا يكون أمينا عليها .

١٢١٨/١٢١ سنورس (٢٢/٨/٢٤) ت س م ش ٥/٩١٢

□■□

(المبدأ ٢٠) : لا تندفع دعوى الطاعة بعدم امانة الزوج على النفس او المال لارتكابه الاعتداء عليها او اغتصابه متاعها مرة الا اذا كان يطلبهـا ليسافر بها .

المنصوص عليـه انها اذا ادعت انه يضربها ويؤذيها ، وثبت ذلك لدى القاضي منعه عنه وعذره ان طلبت تعذيره ، وان كان يسكنها في بيت ليس له جيران صالحون امره باسكانها في بيت بين جيران صالحين ــ راجـع ابن عابدين ص ٩١٤ جزء ثان ــ والغرض من اسكانها بين جيران صالحين هو أن تجد من يشهد لها بالايذاء أو الضرب اذا وقع ، فيمنعـه القاضي عنه ، أما مجرد الاسكان بين جيران بدون هـذا التعبـير فهـذا واجب لا تتحقق شرعية المسـكن الا به لأن البيت الخالي من جـيران لا يصـلح للسكنى لوحشته ولأنها قد تخاف على عقلها فيه ، بقي انهم نصـوا في باب المهر انه اذا لم يكن مأمونا عليها لا يسافر بهـا ولا يقال ان عدم الأمانة بطل حقه في الطاعة كما ابطلته في السـفر ، فالحقيقـة انه انمـا شرطت الأمانة في السفر لأن السفر في ذاته قد يكون للمضارة على أن حالة السفر لا يتسنى معها اثبات ايذائها وضربها اذا وقع ــ بخلاف وجودهـا بين جيران صالحين ، فهناك فرق بين اشتراط الأمانة للسفر وعدم اشتراطها لسكن الطاعة اذا كان مستوفيا لشرائطه الشرعية ، وكان بين جـيران صالحين (راجع انفع الوسائل) ــ وكذا الدفع بعـدم الأمانة على المال ، فقد نصوا أيضا ان الزوج اذا غصب من زوجته ثيابها فليس لها ان تمنع نفسها ليردها اليه بل يجبره القاضي على رد ما غصـبه فقط (راجـع كتاب الفقه) ولو أن ادعاء الزوجة أن زوجها ضربها أو اغتصب شيئا من مالها يمنع من طاعتها اياه لو ثبت لكان بمجـرد أن يضرب الزوج زوجتـه مرة أو يأخذ منها بعض متاعها جاز لهـا أن تخرج من بيتـه وتذهب اين شاءت ثم لا ترجع اليه ابدا وهذا لا يذهب به احد .

٣٨/٣٣ ك س اسيوط (٣٤/١/٢١) م ش ٥/٧٤٦

(المبدأ ٢١) : القول بان العرف والعادة جريا على ان الزوجة اذا غضبت لا تعود الى منزل زوجها الا اذا طلبها اداريا لان العار يلحقهـا اذا عادت الى زوجها بناء على طلبها فى الاعلان قول غير مسلم به فى جملته .

القول بان العرف والعادة جريا على أن الزوجة اذا غضبت لا تعود الى زوجها الااذا طلبها اداريا ، لأن العار يلحقها اذا عادت الى زوجهـا ، بناء على طلبها فى الاعلان قول غير مسلم به فى جملته ، اذ الواقع أن الزوج لا يلجأ الى المحكمة الا بعد أن يكون قد طلب زوجته لطاعتـه بنفسـه أو بواسطة غيره ، وهى تأبى العودة الى طاعته . ثم ما هـذا العار الـذى يلحقها اذا عادت الى زوجها من تلقاء نفسها راضـية مختـارة ؛ أليس النشـوز عصيانا تعاقب عليه الزوجـة الناشـز ، فاذا ما كفت عن هـذا العصيان المعاقب عليه يقال ان العـار قد لحقهـا ـ وهل هـذا أزكى لهـا واطهر ، أم ان تذهب الى مسكن الطاعة صاغرة ذليلة بالتنفيذ الاجبارى عليها ، بواسطة رجال البوليس ، لاشك ان فى عودتها لزوجهـا من تلقـاء نفسها اذعانا للحق ، واقلاعا عن المعصـية ، وابقـاء على أواصر المـودة والرحمة خيرا كثيرا ـ واذا سلم أن فى دخولها من تلقاء نفسـها مسـكن الطاعة عارا وارادت الا يلحقها هذا العار فيجب أن تتحمل تبعه عدم دخولها سكن الطاعة فلا تستحق نفقة عليه حتى تدخل فى طاعته اذ ليس من العدل وقـد وقعت فى معصية النشوز فرار من ان يلحقهـا العار أن تبقى نفقتهـا على زوجها ، مع أنها وجبت عليه شرعا جزاء احتباسها له ، وقد فوتت هى انها الاحتباس بعصيانها .

١٩٣٩/٤٠٥٦ س ك مصر (٤١/١٠/٣٠) م ش ٥٨/١/٣

□■□

(المبدأ ٢٢) لا يحكم بطاعة الزوجة لزوجها اذا ترتب على الجمـع بينهما نتائج خطيرة .

لا يصح الحكم على الزوجة بالطاعة لزوجها ، متى ثبت انهما مصابان بالزهرى ، لما يترتب على الجمع بينهما من نتائج خطيرة ، واثار سيئة ، فى حياتهما ، وفى النسل ، والمجتمع ، ولأن الشريعـة الاسلامية لا تبيح هذا الضرر ، ولا تقره ، بل توجب العمل على تلافى اسـبابه ، وزوال مقتضياته ، اذ النكاح لم يشرع الا ليكون وسـيلة الى معاشرة صـالحة قوامها المودة والرحمة والسعادة والرفاهية ، ومفضيا الى نسل صـالح للبقاء ، ونافع للمجتمع فى غير ما ضرر ولا ضرار .

٢٦/٢٧٦٧ الضواحى (٣٨/٣/١٦) ت س م ش ٩٣١/٩

□■□

(المبدأ ٢٣) : لا يجاب طلب الحكم على الزوجة المريضة فاقدة الارادة ، المحجور عليها بالطاعة لأنه فى هذه الحالة يكون القصد منه المضارة .

حيث ان النصوص الشرعية لا تسوغ للزوجة النشوز عن طاعة زوجها ؛ بعذر المرض الا اننا فى هذه الدعوى تبينا ان حال المدعى عليها اكثر من أن تدخل تحت هذه النصوص ، لأنها فاقدة الارادة فقدانا تاما والطاعة والنشوز انما مناطها ادارة الشخص المكلف نفسه ، لا ادارة غيره ، وقد سلم المدعى أنها لا ارادة لها ، وأن غيرها هو الذى يسيرها كيف يشاء ، ومن حيث ان القرائن واضحة فى هذه الدعوى على أن المدعى لا يقصد من دعواه هذه الا مضارة المدعى عليها ، ليتلخص من النفقة المفروضة لها عليه فقط ، وقد رضى بالتأجيل للصلح على البراءة من نفقة العدة ومؤخر الصداق ، فهو لا يرمى الى مقاصد الزوجية ، ولا الى الحرص على العلاقة التى بينه وبينها وهو يعلم حالها حق العلم — ومن ثم لا يجاب الى طلب الحكم له عليها بالطاعة .

٣٢/١٣٥٢ امبابة (٣٠/٣/٨) ت س م ش ٦/٤٩٢

□■□

(المبدأ ٢٤) : اذا ضرب الزوج زوجته بغير حق وجب عليه التعزيز ، وان لم يكن الضرب فاحشا ، وليس فى التعزيز عقوبة مقررة ، بل الرأى فيه للقاضى فله أن يعزر بما يراه زاجرا ومن ذلك الا يمكن الزوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زمانا ما ، ان فعل ما يوجب ذلك .

وبما أن السادة الفقهاء صرحوا بأن الزوج اذا ضرب زوجته بغير حق وجب عليه التعزيز وان لم يكن الضرب فاحشا (ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٦٢) كما صرحوا بأن التعزيز ليس فيه عقوبة مقررة بل الرأى فيه مفوض للقاضى فله حق التعزيز بما يراه زاجرا — جزء ٣ ص ٢٤٧ — ولاشك أن حبس الزوج لزوجته ومنعه عنها الطعام أولى بوجوب التعزيز من الضرب غير الفاحش ولذلك ترى المحكمة أن فى منع المدعى عليه من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زمانا ما تعزيرا له وزجرا .

٢٩/٤٥ تلا (٣٠/٤/١٣) ت س م ش ٤/٩١٢

□■□

(المبدأ ٢٥) : ضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا يجعله غير امين عليها فلا تلزم بطاعته .

من حيث ان الحكم المستأنف غير صحيح ، لثبوت أن المستأنف

عليه ضرب المستانفة ضربا مبرحا غير مباح شرعا ، وحكم عليه نهائيا بالغرامة – ومن حيث ان أمانة الزوج على زوجته شرط فى وجوب طاعتها له (حكم بالغاء الحكم ورفض الدعوى) .

٢٢٥٤/ ٤٠ ك س مصر (٣١/١١/٢٣) م ش ٦٣٣/٣

□■□

(المبدأ ٢٦) : دفع دعوى الطاعة بعيب فى الزوج وباضراره بالزوجة غير مؤثر فيها مادامت المدعى عليها لم ترتب على ذلك طلب التفريق فاذا طلبت التفريق كان رضاؤها بالعيب وعجزها عن اثبات الضرر ما نعين من اجابتها .

الدفع بالعيب الذى هو المرض ، والدفع بعدم الأمانة لسبب الضرر الذى هو سوء العشرة لا يدفع واحد منهما دعوى الطاعة ، لأن الفقه يقضى بأن الزوج يملك على زوجته حق التمتع ، بمجرد العقد ، ولا تملك الزوجة الرغبة عن الاقامة فى السكن ، بحجة عيب الزوج ، وانزاله الضرر بها ، لأن ذلك يؤدى الى ابطال عقد النكاح ، فلا يقبل واحد من هذين الدفعتين فى دعوى الطاعة من غير طلب التفريق .

وحيث أن الزوجة قد طلبت التفريق بدعواها المضمومة الى هذه الدعوى بسبب العيب الذى هو المرض كنص المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية ولسبب الضرر الذى هو عدم الأمانة بسبب سوء العشرة كنص المادة السادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية . وهذه الدعوى غير مقبولة لظهور الكيد فيها بقصد حمل الزوج على السكنى مع زوجته فى بيت والدها ، وقد تقدمت الزوجة بدعوى التفريق بعد أن تقدم هو بدعوى الطاعة وبعد اعلانها بها ولأن الزوجة معترفة بالعلم بهذا المرض وقد رضيت بالمقام معه مدة تزيد عن سنة ولم تطلب التفريق ، وقد نصت المادة التاسعة من القانون المذكور على أن الرضا بالعيب مانع من سماع الدعوى بالتفريق لسببه ، ولأن الزوجة معترفة أيضا بأن هذا المرض يمكن البرء منه ...

٣٢/٢٦٤٤ الجمالية (٢٣/١٠/١) ت س م ش ٧٧٤/٥

□■□

(المبدأ ٢٧) : ضرب الزوج لزوجته والحكم عليه بالغرامة من اجل ذلك لا يدل على عدم امانته عليها فلا يجاب معه طلب الزوجة رفض دعوى الطاعة لعدم الأمانة .

حكم استئناف محكمة الجنح الذى تستند اليه المعارضة فى عدم الأمانة ، وفى أن التعدى وقع من الزوج عليها وحده لا منها ، فلا يدل على عدم أمانته عليها ولا يحول بينه وبين حقه الشرعى ، وهو انقيادها له فى

امور الزوجية ، لأن الحكم عليه نهائيا بغرامة بسيطة دليل على تفاهة ما وقع منه ، ولأنه قد مضى على الحادثة اكثر من ستة أشهر ، ولأن المعارض ضده قد عزر على ما وقع منه ، من الجهة التى تملك تعزيره قانونا ، ونصوص مذهب الحنفية جعلت عقوبة ايذاء الزوج لزوجته التعزير بما يراه القاضى لا الحيلولة بينهما (الجزء الثانى من ابن عابدين فى باب النفقة) .

٢٠/٨١٨ الواسطى (٣٥/٢/٢١) ت س م ش ٢٠٨/٧

□■□

(المبدا ٢٨) : الحكم بالغرامة على الزوج من اجل ضرب زوجته دليل عدم امانته .

ضرب الزوج لزوجته والحكم عليه بالغرامة من أجل ذلك ، دليل على عدم امانته عليها ، يمنع معه الحكم بالطاعة .

٣٤/١٢٠٥ ك س مصر (٣٥/٤/١) ش م ٤٦١/٧

□■□

(المبدا ٢٩) : اذا ساءت العشرة بين الزوجين بدرجة تؤدى الى التفريق طبقا للقانون فلا يجاب الزوج الى طلبه الحكم على زوجته بالطاعة فى هذه الحالة لأن ما يقتضى التفريق يقتضى ما هو اقل منه بداهة .

وحيث ان المحكمة ترى أن هذه الحالة القائمة ، بين الزوجين ، قد تؤدى الى التفريق بينهما للمضارة طبقا للقانون ، ومن شانها ايضا ان تؤدى الى ما هو أقل من التفريق ، وهو منع التعرض لها فى دعوى الطاعة الجبرية ، ولو الى أجل محدود يظن معه أن حالة الزوج قد تحسنت واستعد كل منهما لحسن معاشرة صاحبه على الوجه المطلوب ــ ولا وجه لما ذهبت اليه بعض المحاكم من ان ذلك يؤدى الى تعطيل عقد الزواج .. الخ ــ لأن هناك أشياء كثيرة تحول بين اجتماع الزوجين مع قيام عقد الزواج واحترام حقوق الزوجية كما ان لم يوفها الزوج معجل الصداق المتعارف وكما اذا كان محبوسا فى دين لها عليه .. الخ ــ وقد أوجد القانون حالة تستدعى التفريق للضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين ، فكيف يمكن مع قيام هذه الحالة القانونية الرجوع الى تطبيق الفتاوى الهندية ونحوها وتجاهل أن الحالة التى قد تستدعى ما هو أقل منه بداهة وهو الحيلولة المؤقتة بين الزوجين الى ان تصلح لهما أو يتم التفريق بينهما طبقا للقانون .

٣٥/٧٢٣ عابدين (٣٦/٥/٢) ت س م ش ٨٧٠/٧

□■□

(المبدا ٣٠) : لا تسمع دعوى الطاعة المترتبة على زواج صادر بعد اغسطس سنة ١٩٣١ الا بقسيمة رسمية متى اعتبرت المدعى عليها منكرة للزوجية ولو نسب اليها اقراراً ضمن تحقيقات .

حيث ان المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية صريحة فى انه عند الانكار لا تسمع دعوى الزوجية أو الاقرار بها ، الا اذا كانت ثابتة بورقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ — والاقرار الوارد بملف الدعوى لا يعتبر اقرارا ثابتا بوثيقة زواج رسمية .

٣٢/١٨٩ ههيا (٣٤/٤/١٤) ت س م ش ٦/٤٣٨

□■□

(المبدا ٣١) : اذا ثبت ان التمسك بحكم الطاعة قصد به الكيد وجب منع التعرض به للزوجة .

حصول الزوج على حكم بمنع الزوجة من النفقة فى اليوم التالى لتاريخ حكم الطاعة والحكم عليه بغرامة جزاء ايذائه لها ، ودلالة محضر الحجز على قصد الاضرار بالزوجة بالتمسك عليها بحكم الطاعة قرينة على قصد الكيد لها فوجب منعه من التعرض لها بحكم المحكمة .

٣٥/١٦٠٤ ك س مصر (٣٦/٦/٤) م ش ٩/٢٤٧

□■□

(المبدا ٣٢) : لا يشترط فى شرعية المسكن وجود أدوات بعينها بل يجب ان تكون كالنفقة والكسوة يتبع فيها حال الزوج وبيئة الطرفين فليست جزءا من مفهوم المسكن ولا شرطا فى صحته .

وحيث ان الفقهاء لم يجعلوا الأدوات جزءا من مفهوم المسكن الشرعى ولا شرطا فى صحته ، ولا فى وجوده ، وتحققه ، بل جعلوا الأدوات التى تلزم فى المسكن ، بعضها يرجع الى نفقة الطعام ، وبعضها يرجع الى الكسوة ، وجعلوها فى الاعتبار كالنفقة والكسوة تقدر بحال الزوجين وبيئتهما ، ويعلم ذلك من كلامهم عن المسكن الشرعى وتعريفه — جاء فى التنوير وشرحه فى باب النفقة — وكذا تجب لها السكنى فى بيت خال من اهله واهلها بقدر حالهما ، وبيت منفرد فى دار له غلق كفاها — وفى باب النفقة أيضاجوابا عن سؤال ما هو المسكن الشرعى (المسكن الواجب عليه شرعا على الصحيح بيت له مرافق وغلق على حدة فلابد له من بيت خلاء ومطبخ ويشترط الا يكون فى الدار احد من أحمائها يؤذيها) كما صرح به الخانية (ويكون بين جيران صالحين ويشترط أن يكون مامونا عليها ومثله فى الفتح والزيلعى وتنقيح الحامدية فى باب النفقة .

٣١/١٨٠ شبرا خيت (٣٢/٥/٣١) ت س م ش ٤/٤٥٧

(المبدا ٣٣) : دعوى اعتراض الزوجة على اعلان زوجها لها بطاعته في المسكن المعد لذلك .

وجوب تدخل المحكمة لانها اءالنزاع صلحا . اغفال ذلك ـ اثره بطلان الحكم . (١)

النص فى الفقرة الاخيرة من المادة السادسة مكرر ثانيا من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ /١٩٧٩ على انه « وعلى المحكمة عند الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ... » مفاده ان المشرع قد أوجب على المحكمة عند نظر دعوى اعتراض الزوجة على اعلان الروج لها بطاعته فى المسكن المعد للزوجية ، التدخل لانهاء النزاع صلحا ، وأن اغفالها ذلك أثره بطلان الحكم .

نقض ٥٢/٥٣ ق ح (١٩٨٤/٢/٢١) لم ينشر

□■□

(المبدا ٣٤) يمتنع الحكم بالطاعة اذا لم يكن للمسكن المطلوب الحكم بالطاعة فيه غير جار واحد وكانت منقولاته قد نقلت منه .

حيث انه تبين من أصل اعلان دعوى الطاعة ان المسكن الذى حكم بالطاعة فيه ليس له الا جار واحد وقد شهد الشهود بذلك كما اعترف به المستانف عليه ـ والمسكن الذى ليس له الا جار واحد هو مسكن غير شرعى لا تلزم المستانفة بالطاعة فيه .

٢٣/٢٩٥ ك س الزقازيق (٣٤/٥/٢٠) م ش ١٢٦/٦

□■□

(المبدا ٣٥) : استيفاء المسكن ادواته الشرعية بعد الحكم بالطاعة ابتدائيا لا يجعل الحكم صحيحا ..

المستانف عليه معترف بمحاضر القضية المستانفة ان أدوات المنزل نقلت منه خوفا عليها من الضياع لوجود عمارة بالمسجد المجاور وهو لذلك ايضا لا تلزم المستانفة بالطاعة فيه لعدم استيفائه ادواته الشرعية .

٢٣/٢٩٥ س ك الزقازيق (٣٤/٥/٢٠) م ش ١٢٦/٦

□■□

---

(١) راجع القانون ١٩٢٩/٢٥ معدلا بالقانون ١٩٨٥/١٠٠

(المبدأ ٣٦) : تعهد الزوج بان يسكن زوجته فى البنادر او البلد الكائن به المركز من قبيل الوعد لا يلزمه الوفاء به وله نقلها مع هذا ولو من المدينة الى القرية .

دفعت المدعية دعوى الطاعة ، بانها ليست ملزمة بطاعته فى الناحية المذكورة ، لأنه تعهد بأن يسكنها فى البنادر أو فى البلد التى بها مركز – ولمعرفة ما اذا كان مثل هذا الشرط معتبرا ، ويلزم الوفاء به أولا نورد ما نص عليه فى المذهب خاصا بمثل هذه الشروط – ذكر ابن عابدين عند قوله نكحها بألف على الا يخرجها من البلد أو يتزوج عليها الخ ضابطا لهذه المسألة وهو ان يسمى لها قدرا ومهر مثلها أكثر منه ويشترط منفعة لها او لابنها أو لذى رحم محرم منها وكانت المنفعة مباحة الانتفاع متوقفة على فعل الزوج لا حاصلة بمجرد العقد الى ان قال فان وفى فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به وعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى فيكمل مهر المثل وقال صاحب البحر عند ذكره ضابط هذه المسألة ولابد أن يكون بصيغة المضارع ليكون وعدا اما اذا شرط بالمصدر كما اذا تزوجها على الف وعتق أخيها عتق الأخ بنفس النكاح – وهذه النصوص تفيد أمرين – الأول أن الشرط وهو عدم الاخراج من البلد يكون مقرونا بالمسمى حين العقد لتكون المنفعة عوضا عن الفرق بين المسمى ومهر المثل ، والثانى ان الشرط المتضمن منفعة متوقعة على فعل الزوج لا حاصلة بمجرد العقد هو مجرد وعد من الزوج لا يلزم الوفاء به على معنى أنه لا يمنع من حق نقل زوجته الى بلد غير بلدها غاية الأمر انه يعوض عن هذه المنفعة بان يكمل لها مهر مثلها لأنها انما رضيت بالمسمى مقابل هذه المنفعة . ومن هذا يتضح ان الشرط الذى لا يكون بهذه المثابة المذكورة بالنصوص السابق ذكرها بل جاء بعد العقد وبدون أى مقابل ، كما فى مسألتنا موضوع هذه الدعوى كان من باب أولى من قبيل الوعد الذى لا يلزم الزوج الوفاء به – ويؤيد ذلك ما جاء فى الفتاوى المهدية فى باب المهر فقد سئل فى رجل تزوج امراة واتفقا على أن يقيم الزوج معها فى منزل أهلها ودفع المعجل ودخل بها فى منزل أهلها واقام معها زمنا واراد ان يخرجها الى مسكن شرعى خال من أهله وأهلها فى البلد المقيمين فيها فهل يجاب لذلك – اجاب للزوج المذكور ذلك ولو حصل الاتفاق على سكناه معها فى منزل أهلها ، وسئل فى رجل تزوج امراة فى بندر وعاشرها فيه مدة ثم اراد نقل زوجته الى قرية تبعد عن البندر بنحو ساعتين ونصف وقد وفاها عاجل صداقها وقائم بحقوقها ومأمون عليها فامتنعت من الانتقال متعللة بكون بلدته ليست بندرا كبلدتها الأصلية – اجاب للزوج المذكور نقل زوجته الى بلدته القريبة المذكورة ولو كانت قرية ، فالسؤال وان لم يكن فيه نقل الزوجة الى بلد آخر الا انه يفيد أن ما شرطه على نفسه

من انه يقيم معها فى منزل اهلها غير معتبر ولا يلزم الوفاء به ، والثانى وان لم يكن بينهما شرط على شيء الا انه يفيد أن له نقلها من مدينتها الى قرينه مادامت المصلحة فى ذلك. ومن هذا يتضح أن مثل هذا الشرط من قبيل التزام ما لا يلزم .

٤١/١٧٠ ابنوب (٤٢/٣/٩) م ش ١٢٩/٧/١٣

□■□

(المبدأ ٣٧) : لا يصح الحكم بالطاعة فى منزل ثبت بمحضر الحجز عدم وجود سكن للزوج به .

حيث تبين من محضر الحجز انها ارادت الحجز على ما يوجد بمسكن الطاعة وان متولى التنفيذ قرر وقفه لعدم وجود سكن للمستأنف عليه فى المسكن المذكور .

٣٤/٨١٧ ك س مصر (٣٥/٢/٦) م ش ٦/٩٤٦

□■□

(المبدأ ٣٨) لا صحة للقول بين وقف تنفيذ حكم الطاعة لاشتراك مرافق المسكن لا يصادف قولا فى منهب ابى حنيفة .

أن نصوص المتون على أن الزوج لو أعد لزوجتــه بيتا من دار له غلق يكفيها ، وقد علق بعض الشروح على ذلك بأن مفاده لزوم كنيف ومطبخ أى مستقلين ونقضه البعض واستظهر كفاية كنيف ومطبخ مشتركين لمن يسكنون الربوع والأحراش ولا يخفى أن هذا راى لبعض المشرعين من المشتغلين بالفقة على مذهب ابى حنيفة .

٩٣٠/١٣ السويس (٣٠/١١/٨) م ش ٩/٥٣٧

□■□

(المبدأ ٣٩) : حكم الطاعة النهائى لا يصح دائما دليلا على النشوز فى المدة السابقة على نهائيته .

لا يصلح حكم الطاعة النهائى دائمــا دليلا على النشــوز فى المــدة السابقة على نهائيته ، اذ كثيرا ما يكون قضاء محكمة الاستئناف بالطاعة مبنيا على ما يظهر أمامها من مناقشة ، أو معاينة ، أو استفســار ، لا استنادا الى ادلة الحكم الابتدائى ، وقول الفقهاء أن القضاء مظهر لا مثبت انما هو فى الحقوق الثابتة ، التى لا تتجدد ولا تتغير ، وليست شرعيــة المسكن من هذا القبيل .

٣٥/٦٣٠ ك س مصر (٣٦/٥/٢٨) م ش ٩/٦٢٢

□■□

(المبدأ ٤٠) : صدور حكم الطاعة صلحا من غير ثبوت شرعية المسكن فيه لا يصلح حجة للنشوز .

وحيث ان الحكم صحيح لأن الخصمين اتفقا على أن مسكن الطاعة زالت شرعيته بالحجز على أدواته وبيعت ولم يثبت عودته للشرعية ، وفضلا عن ذلك فان حكم الطاعة صدر صلحا ولم تثبت فيه شرعية المسكن .

١٥٥٧/٩٣٠ طنطا (٣١/١١/٣٠) م ش ٧٥٤/٣

□■□

(المبدأ ٤١) : لا يصح الحكم بالطاعة اذا كان قد حجز على أدوات المسكن وعين عليها حارس بناء على طلب المدعى عليها تنفيذا للحكم الصادر بنفقتها .

حيث ثبت من محضر الحجز المقدم من المستانفة أن الأدوات التى فى المسكن قد حجز عليها ايفاءا لدين نفقة المستانفة ، وعين على هذه الأدوات حارس ، وبذلك يخرج المسكن عن الشرعية ، لأن الحارس بمقتضى وظيفته قانونا لا يمكن أحدا من استعمال تلك الأدوات ، وبذلك يكون المقصود من وجود هذه الأدوات فى مسكن الطاعة قد فات بالحجز عليها، وتعيين الحارس ، وفضلا عن ذلك فان دعوى الاسترداد المرفوعة فى الحجز على الأدوات وان كانت قد رفضت الا أنها قرينة على مشاغبة المدعى عليها لأن هذه الدعوى لابد أن تكون قد رفعت من المدعى بتوطؤه مع المستانف عليه على رفعها كما هو معروف .

١٧٧٤/٩٣٢ ك س مصر (٣٢/٢/٢٤) م ش ٨٦٢/٣

□■□

(المبدأ ٤٢) : لا يمتنع الحكم على الزوجة بالطاعة بعدم ايفائها جميع عاجل صداقها مادام وكيلها قد رضى بتاجيل ما لم تقبض منه .

ومن حيث ان المدعى فى دعوى الطاعة اثبت دعواه بقسيمة زواجه بالمدعى عليها الدالة على استيفائها حال الصداق ، وما عارضت به القسيمة قد تبين منه ان وكيلها فى القبض قد رضى بتاجيل بعض المال نظير ارتهانها للقدر المبين .. وهو بحكم وكالته عنها الثابتة وبوثيقة الزواج يملك ذلك . واذن فلا محل للقول بأن ما اقر به المدعى بعقد الرهن رد من المقر له لاقرار وكيلها فى القسيمة وعليه فلا حق لها فى الامتناع عن تسليم نفسها للمدعى بعد رضاها بهذا التاجيل ويتعين الحكم له بما طلب اذ أن الزوجة تجبر على طاعة زوجها مادام قد أوفاها عاجل صداقها وهيأ لها المسكن الشرعى .

٣٣٩/٣٠ كوم حمادة (٣١/١٠/٢٢) ت س م ش ٦١/١٤

(المبدا ٤٣) : اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطليق للضرر سببا وموضوعا .

دعوى الطاعة ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ تختلف فى موضوعها وفى سببها عن دعوى التطليق للضرر ، اذ تقوم الأولى على الهجر واخلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والاستقرار فى منزل الزوجية ، بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، ومن ثم فان الحكم الصادر فى دعوى الطاعة لا يمنع من دعوى التطليق وجواز نظرها لاختلاف المناط فى كل منهما .

نقض ٣٨/٢٦ ق (٧١/١١/١٧) س ٩١٨/٢٢

□■□

(المبدا ٤٤) : لا يعاقب الزوج على الاختلاط الشاذ بالحرمان من حق الطاعة ولا يقدح فى امانته اتهام وجهه الى الزوجة لم يحكم القضاء ببطلانه .

لم يقل احد بأن جزاء الزوج على اختلاطه بزوجته اختلاطا شاذا ، حرمانه من حق الطاعة عليها ، بل مثله يعزره القاضى بما يراه زجرا له ، ان ثبت ذلك ،ومن حيث ان اتهام المدعى لها بالاجهاض معتقدا حصوله منها لا شيء فيه ولا يخل بأمانته عليها فضلا عن أن القضاء لم يفصل فى هذه الحادثة .

٤٨/١٤٥٨ الزقازيق (٤٨/١١/٢٢) م شر ٩٠/٢١

□■□

(المبدا ٤٥) : دعوى الطاعة اختلافها موضوعا عن دعوى التطليق .

المقرر فى قضاء النقض ان دعوى الطاعة تختلف فى موضوعها وسببها عن دعوى التطليق للضرر اذ تقوم الاولى على الهجر واحلال الزوجة بواجب الاقامة المشتركة والقرار فى منزل الزوجية بينما تقوم الثانية على ادعاء الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، ومن ثم فان الحكم بدخول الزوجة فى طاعة زوجها ونشوزها لا يكون بذاته حاسما فى نفس ما تدعيه من مضارة فى دعوى التطليق للضرر تبعا لتغاير الموضوع فى الدعويين مما لا يمنع محكمة الموضوع وهى بصدد بحث دواعى الضرر فى دعوى التطليق أن تستعين بما يتبين لها من وقائع متصلة فى دعوى الطاعة .

طعن ٥٢/١٤ ق (١٩٨٤/٥/١٥) لم ينشر

□■□

طـــلاق (١)

(المبدأ ١) : شرعة الطلاق هي من محاسن الشريعة الاسلامية .

ان حوادث الزمن برهنت على أن شرعة الطـلاق هى من محـاسن الشريعـة الاسلامية السمحة التى بنيت كل اسـسهـا على السمـاحة واليسر ، فجعل فيها من حق الزوج أن يطلق زوجته متى شاء ، وابيح فيها ايضا تمليك الزوجة عصمتها ، ليكون لها ان تطلق نفسها متى شاءت أسوة بالزوج ـ نعم قد يقال أن حرية الطلاق المطلقة ، ومنحها لكل من الزوجين بهذه الصفة قد ينشأ عنها بعض المضار ، ولكن فوائدها على كل تربو على مضارها ، وفتح باب الطلاق خير من ايصاده ، ويكفى من فوائد الطلاق أنه يمكن من بناء رابطة الزوجية ، حتى يستطيع الزوجان فى ظله أن يكونا اسرة صالحة ، تحفها السعادة والهناء ـ أما ذلك الذى عداه الانسجام والوفاق

---

(١) الطلاق شرعا رفع قيـد النكاح حالا او مالا بلفظ مخصـوص ـ وركنـه قول المطلق انت طالق ونحوه ـ وشرطه : (١) قيام القيـد فى المرأة نكاحا أو عدة . (٢) وقيام حل النكاح ـ وحكمه وقوع الفرقة بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن وزوال حال المنـاكحة متى تم ثلاثا ـ ومـــفه محظور نظرا الى الأصل ومباح نظرا الى الحاجة . وتقسيمه سنى وبدعى وكل واحد منهما نوعان ، نوع يرجع الى العـدد ونوع يرجع الى الوقت . والطـلاق السنى فى العـدد والوقت نوعان حسن واحسن ، فالأحسن أن يطلق امرأته واحدة رجعية فى طهر لم يجامعها فيه ثم يتركهـا حتى تنقضى عدتها أو كانت حاملا قد استبان حملها . والحسن ان يطلقها واحدة فى طهر لم يجـامعها فيه ثم فى طهر آخر اخرى ثم فى طهر آخر اخرى والسـنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ، وفى الوقت نفسه تثبت فى حق المدخول بها خاصة وغير المدخول بها يطلقها فى حالة الطهر والحيض.

والطلاق البـدعى بدعى لمعنى يعود الى العدد وبدعى لمعنى يعود الى الوقت فالأول ان يطلقها ثلاثا فى طهر واحد بكلمة واحدة او بكلمات متفرقة أو يجمع بين التطليقتين فى طهر واحد بكلمة واحدة او بكلمتين متفرقتين ، فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا . والثانى ان يطلق المدخول بها وهى من ذوات الأقراء فى حالة الحيض او فى طهر جامعها فيه وكان الطلاق واقعا، ويستحب له أن يراجعهـا والأصح ان الرجعية واجبـة (راجع الفتاوى الهندية جزء أول كتاب الطلاق) .

بين الزوجين فلا ينتظر من وجوده خير لهما ، ولا لغيرهما ، فانه يصبح قطعة من الجحيم ، ومن الخير لأهله وللأمة كلها تقويضه ، وبناء بيت أو اكثر ، مكانه على اسس أخرى قوية صالحة ، وقد رأينا أن البلاد الغربية في العصر الحاضر وهي التي كانت شرائعها تضيق دائرة الطلاق أو تغلق بابه اغلاقا تاما ، أباحت لكل من الزوجين طلب الطلاق ، واصبح هذا الطلب مقبولا امام السلطات المختصة ، في أكثر تلك البلاد وسريع الاجابة لمجرد عدم الانسجام وعدم الوئام بين الزوجين ، فلماذا والحال على ما ذكر في بلاد المدنية والحضارة يعاب على الشريعة الغراء السمحة ، ما ظهر ظهور الشمس انه من محاسنها ومفاخرها وما هو من النعم الجليلة ، لما يتحقق به من مصلحة ، ودفع مضرة ، وجلب سعادة ، محل شقاء ، نعم قد يقال أن من الخير تقييد حق الطلاق ،، حتى لا ينتج عنه شر ، أو ضرر لأحد ، فاذا صح هذا القول ورؤى تقيده ، بجعل حصوله أمام قاض ، وبعد تحكيم مثلا فان الشريعة لا تأبى هذا فان فيها متسعا لكل تشريع صالح لكل زمان ومكان .

٤٠/٣٢٨٠ س ك مصر (٤٢/١/٢٥) م ش ٧٨/٧/١٣

□■□

(المبدأ ٢) : من سامى حكمة التشريع الاسلامى ان يكون الطلاق ثلاث مرات .

من سامى حكمة التشريع الاسلامى ، أن يكون الطلاق ثلاث مرات ، ليجرب المطلق نفسه ، بعد المرة الاولى ، والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المطلقة نفسها ، لعلهما يندمان على ما فاتهما من نعمة الزواج ، فيستأنفان العشرة من جديد ، فاذا ما وقعت الطلقة الثالثة ،علم أنه ليس في البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى ، وبذلك يخرج الأمر من أيديهما ولا ينفعهما الندب ، واستعجلا أمرا كان لهما فيه أناة .

٥٣/٩٥٢ مصر الجديدة (٥٤/٢/٢) م ش ٢٧٩/١٤

□■□

(المبدأ ٣) : الاقرار بالطلاق هو من حقوق الله لا يرتد بالرد ولا يقبل ادعاء الكذب والخطأ فيه .

نص الفقهاء على أن الزوج اذا أوقع الطلاق وكتبه في الصك ، ثم ادعى الخطأ ، لا يقبل منه قضاء ، وان كان يقبل ديانة ، وفى الدر المختار « اقر

بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبل ، الا اذا اقر بالطلاق بناء على افتاء المفتى ثم تبين عدم الوقوع لم يقع » .

٤١/١٦١ س ك مصر (٥٤/١٠/٤) ت س م ش ٨٩/٢٥

□■□

(المبدأ ٤) : الأصل بقاء العصمة .

الأصل بقاء العصمة والشأن فى الزوجة الطاعة .

٥٣/٢١١٣ ميت غمر (٥٤/٦/٢٨) ت س م ش ٨٩/٢٥

□■□

(المبدأ ٥) : الطلاق فى الأصل ملك الزوج وحده ، وقد اجيز له ان يفوض امر الطلاق الى الزوجة .

الطلاق فى الأصل ملك الزوج وحده ، وقد أجيز له أن يفوض أمر الطلاق الى الزوجة ، بمعنى انه يملكها ما يملك رجعيا ، أو بائنا ثلاثا ، او دونها ، مقيدا بوقت ، أو دائما ، ولكل حالة من هذه الحالات الفاظ تدل عليها ، ومنها صريح ومنها كناية . (يراجع فى ذلك باب تفويض الطلاق فى جميع كتب الفقه) .

٣٠/٢٨٦١ طنطا (٣١/١٠/٢٥) م ش ٣٥٠/٣

□■□

(المبدأ ٦) : القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ لم يحرم الرجل حقه فى الطلاق.

القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ لم يحرم الرجل حقه فى الطلاق ، وانما نظمه وقيده على الوجه الوارد به .

٣٠/٣١٧٠ طنطا (٣١/١٢/٦) ت س م ش ٣٧٠/٣

□■□

(المبدأ ٧) : جعل الطلاق بيد الرجل لأن المراة قصيرة النظر سريعة الانفعال والتأثر .

جعل الطلاق بيد الرجل ، لأن المراة قصيرة النظر ، سريعة الانفعال والتأثر ، فهى تخضع لعواطفها غالبا دون عقلها ، وهذا هو الأعم الأغلب فى النساء ، والأحكام انما تبنى غالبا على مظانها الكلية دون الجزئيات ،وهذا

لا يتنافى ان من بين النساء من هى خير من كثير من الرجال عقلا ودينا ومحافظة على الواجب وتضحية للذات .

٥٣/٥٩٢ مصر الجديدة (٥٤/٢/٢) م ش ٢٧٩/١٤

□■□

(المبدأ ٨) : لا يملك النساء حق ايقاع الطلاق على انفسن الا بالشرط

المنصوص عليه شرعا أن النساء لا يملكن الطلاق الا بالشرط ، فلو تزوجها على أن أمرها بيدها صح العقد والشرط (ابن عابدين جزء ٢ ص ٤٩٧) واستحسنه فى هذا الزمان بعض المتاخرين ، وقد شاع العمل بذلك فى أوساط الناس وقصدوا استعماله .

٣٠/٣١٧١ طنطا (٣١/١٥/٦) ت س م ش ٣٧/٣

□■□

(المبدأ ٩) : طلاق الغضبان فى الفقه الحنفى ــ لا يقع ــ شرط ذلك.

المقرر فى فقه الأحناف ــ الواجب العمل به وفقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ــ ان طلاق الغضبان لا يقع اذا بلغ به الغضب مبلغا لا يدرى معه ما يقول أو يفعل او وصل به الى حالة من الهذيان يغلب عليه فيها الاضطراب فى أقواله وأفعاله ، وذلك لافتقاده الارادة والادراك الصحيحين .

نقض ٤٨/٢٨ ق س ٣١ ص ٥٠٠ ح ١

□■□

(المبدأ ١٠) بطلان طلاق الغضبان ــ شرطه .

لا يكفى لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حالة الغضب المؤثرة ايقاع الطلاق حتى تنتج أثرها على ارادة المطلق .

نقض ٤٨/٢٨ ق س ٣١ ص ٥٠١ ح ١

□■□

(المبدأ ١١) : العوام ومن حكمهم لا يفرقون بين الفاظ الشرط ويقصدون عند ذكر « متى وكيفما » ما يقصدونه عند ذكر « كلما » .

حيث أن المدعى تزوج المدعى عليها على أن تكون العصمة بيدها تطلق

نفسها متى شاءت ، ومن حيث انه مما لاشك فيه ان الطرفين كانا يفهمان مدلول هذا الشرط ويقصدان معناه ، وان الزوجة اذ اوقعت الطلاق على نفسا حسب الاشهاد ، قد استعملت خالص حقها شرعا وقانونا ، والتمسك بالمدلول اللغوى البحث للفظ الشرط لا يؤيده العرف ، لأنه يتنافى مع مقصود الطرفين عند العقد ، ولأن العوام لا يفرقون بين الفاظ الشرط فى عباراتهم ويقصدون عند ذكر « متى » ما يقصدونه عند ذكر «كلما وكيفما» وهذا لا يحتاج الى برهان ، فاذا تزوج رجل امراة الآن على ان عصمتا بيدها تطلق نفسا متى شاءت او كيفما أو كلما شاءت فان المعنى المقصود للطرفين واحد فى الجميع ، وهو أن الزوجة قد استفادت من الزوج حق ايقاع الطلاق على نفسها نيابة عنه ، بحيث تملك حل عقدة الزواج ، واستبدادها بامر نفسها عندما ترى خطرا فى بقاء الزوجية ، ولا يكون ذلك الا بالطلاق البائن كما هو ظاهر — ويؤيد ذلك ما جاء فى الأشباه وغيرها من أن الايمان والنذور والوصايا والأوقاف والأقارير تبنى على العرف ص ٤٧ ، ٤٨ من الأشباه — وقل من يريد تطبيق المعانى اللغوية والاصطلاحية على الفاظ العوام والملحقين بهم من الخواص كما فى العقود . ومن حيث أن القانون الجديد لم يحرم الرجل حقه فى الطلاق ، وانما نظمه وقيده على الوجه الوارد به — والزوجة فى هذه القضية قد استفادت حق التطليق من الزوج بقيرده ونظمه ولاسبيل لملك العصمة فى القانون الا بالطلاق البائن فى احواله المعروفة ومنها المكمل للثلاث وهو ايسر سبيل امام الزوجة فى ملك العصمة فيكون الزوج قد ملكها ايقاع الطلاق الرجعى على نفسها ، وتكراره الى ان تملك عصمتها بالمكمل للثلاث ولا سبيل الى غير ذلك من الآراء والافهام التى اقل ما يترتب عليها الغاء الكلام واهماله حين يجب اعماله محافظة على الحقوق وصونا لأعمال العقلاء من العبث .

٣٠/٣١٧٠ طنطا (٦/١٢/٣١) م ش ٣/ ٣٧٠

□■□

(المبدأ ١٢) : يعامل المطلق فى حق نفسه وحق الشرع باقراره بالطلاق وانقضاء العدة فى زمن يحتمل ذلك ، فليس له حق مراجعة مطلقته .

ان كان الطلاق بائنا فالأمر ظاهر ، فى أن المدعى عليه لا يملك الرجعة على المدعية ، لأن الطلاق البائن يزيل الحل — وان كان رجعيا ، فالرجعة باطلة ايضا لاقراره بانقضاء عدة المدعية بالحيض ، وهو مؤاخذ بهذا الاقرار فى حق نفسه وحق الشرع — قال فى شرح الدر ص ٣٦٢ جزء ٢ وفيه عن المحيط كذبته فى مدة تحتمله لم تسقط نفقتها وله نكاح اختها عملا بخبريهما بقدر الامكان — وقال فى رد المحتار تعليقا على هذا فالحاصل انه يعمل

بخبريهما بقدر الامكان ، بخبره فيما هو حقه ، وحق الشرع ، وبخبرها حقا من وجوب النفقة والسكنى ، والمسألة مفروضة فى الاختلاف مع زوجها الذى طلقها ا.هـ . ــ اى اختلافها فى انقضاء العدة كما يؤخذ من السياق ولا شك أن المدة فى وقت اقراره المذكور تحتمل انقضاء العدة ــ وقد كذبته فى انقضائها فيعامل باقراره فى حق نفسه ، وبمقتضى اقراره انه لا يملك الرجعة التى هى من حقه ، قياسا على جواز تزوجه باختها ــ ولا يقال أن المدعية كذبته فى هذا الاقرار، ورفضت دعواه ابطال نفقة العدة فيكون مكذبا شرعا فى اقراره لأن تكذيبا له لا يمنع من معاملته باقراره فى حق نفسه ، ولأن الغرض من رفض الدعوى المذكورة ينصب على انه غير محق فى اسقاط حقها فى نفقة العدة .

٤٩٧٠/٢٢ ملوى (٧/٢/٣٤) ت س م ش ٦/٩٧٩

□■□

(المبدأ ١٣) : دلالة الحال معتبرة فى كنايات الطلاق وتغنى عن النية .

دلالة الحال معتبرة فى كنايات الطلاق وتغنى عن النية ــ كما لو قالوا فى الأمر باليد تنجيزا أو تفويضا انه يحتاج الى نية او دلالة الحال كما اذا كان ذلك حال الغضب أو مذاكرة الطلاق ولو قال لم انو لا يصدق معدلالة الحال (بدائع فى الأمر باليد) . (راجع المادة ٤ ق ٢٥/١٩٢٩) .

٢٨٦١/٣٠ طنطا (٢٥/١٠/٣١) م ش ٣/٢٥٠

□■□

(المبدأ ١٤) : الطلاق انما يعتبر رجعيا أو بائنا بحسب احكام القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ لا بحسب ما يدعيه المطلق .

ان القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ اقتبس للطلاق أحكاما غير ما كان عليه العمل فى مذهب الحنفية ، أخذها من مذاهب ائمة الفقهاء السابقين رضوان الله عليهم مما أيده الدليل الصحيح من الكتاب والسنة فقيد الطلاق بقيود لا يصح الا اذا تحققت فلم يوقع طلاق السكران ولا المكره ، ولا أوقع الطلاق المعلق . ولا ما زاد عن الواحدة اذا وصف بالعدد ، ولا الكنايات الا بالنية ، وجعل كل طلاق رجعيا الا ما استثنى بنص خاص ــ فليس من المعقول اذن أن نعامل كل مقر بالطلاق باقراره ، بل الواجب أن نتحقق مما اذا كان الذى اقر به كان حين أوقعه مستكملا الشروط التى يقع بها أو ينقصه منها شىء فيحكم بما يظهر من صفته فاما صحيح واما باطل ــ ومن حيث أن المادة الثالثة من القانون المشار اليه نصت على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع

الا واحــدة ــ ومن الواجب أن نبحث فى المراد من اقترانه بالعــدد هل هو ما يفهمه كثير من الناس من قول المطلق (طالق ثلاثا) (طالق مرتين ؛ ونحو ذلك أو هو ابعد مرمى واوسع معنى مما يظهر بأول نظرة ، اما لو كان المراد هو قوله « طالق ثلاثا » ونحوه لم يكن لتشريع هــذه المادة اية فائدة ، فان المطلق حين يرى انه منع من الطلاق اكثر من طلقة دفعة واحدة وانه وان فعل فعمله لاغ وقصده مردود عليه ولا يقع به الا طلقة واحدة ــ حين يرى هذا يتحيل بأوضح حيلة واقربهــا للعامى قبل العالم وللغبى قبل الــذكى فيحضر أمام القاضى او المأذون ثم يطلق بالصفة التى أراد ويعترف بأن طلاقه هذا مسبوق بماء شاء ــ بطلقة او بطلقتين ــ وبذلك يصل الى غرضه رغما من الحكم ببطلانه بصريح القانون ، فكأن المادة ما اقتبست الا لتحدد للناس الصيغة التى يوقعــون بها ما يشــاؤون من الطلاق أو لتمنعهم من بعض الألفاظ دون بعض ــ وكأنهــا ما جاءت لاصلاح حــال ضــج الناس منهــا بالشكوى أو كما قالت المذكرةالتفسيرية المقدمة من وزارة الحقانية لبيــان الحاجة الى اقتباس هذا القانون بعد ذكر آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق والطلاق الثلاث بكلمة واحــدة ، قالت ما نصــه : « وهــذه الآراء كانت منبع شقاء العــائلة وكانت ســببا فى تلمس الحيل وافتتــان الفقهاء فى اتبــاع انواعها ، ومن الواجب حماية الشريعــة المطهرة وحمــاية الناس من الخروج عليها وقد تكلفت بسعادة الناس دنيا واخــرى وانهــا باصولها تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة ، متى فهمت على حقيقتهــا وطبقت على بصيرة وهدى « هذه المقاصد العالية من هذا القانون لا يتحقق شىء منها اذا كان المراد نقل الناس من التطليق بلفظ معين الى ايقاع نفس الطلاق المحرم بصفة اخرى ، بل قد اشارت المذكــرة الى ان الطلاق شرع على أن يوقع دفعات متعددة وان آية الطلاق مرتان تكاد تكون صريحة فى ان الطلاق لايكون الا مرة بعد مرة،وانها لصريحة كل الصراحة:وان الذى يفهم من هذا ومن قول المذكرة أيضا «وجعلت دفعات الطلاق ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المرأة نفسها ايضا حتى اذا لم تفد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى البقاء خير وان الانفصال البا تبينهما احق وأولى » وانها تشــير الى ان الطلاق لا يقع فى كل دفعة من الأولين الا طلقة واحدة وانه ليس للمطلق الا الرجعة أو تركها حتى تبين منه بالخروج من العدة ، أو بتعبير أوضح ان المعتــدة لا يلحقها طلاق ، ولا يملك عليها طلاق آخر ، مادامت فى العــدة « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وهذا هو الــقول الصحيح المتفق مع نص الآية الكــريمة ومع الأدلة الصــحيحة ، والمطابق للحكمــة الغائية فى اباحة الطلاق فى الشريعة الغراء وهو وان لم يكن صريحا فى نص القانون رقم ٢٥ ســنة ١٩٢٩ الا انه يفهم منه ومن مذكــرته التفســيرية

بالاشارة ؛ وان ذهب اليه ذاهب فى فهم القانون لم يكن فى نظرنا مخطئا ولكن كان الأولى أن ينص عليه صراحة دفعا للايهام .

٣٠/٤٣٢ب ههيا (٣١/٩/١٣) م ش ٥٥٠/٣

□■□

(المبدأ ١٥) : لفظ مطلقة من الفاظ الطلاق الصريحة .

أن لفظ مطلقة من الفاظ الطلاق الصريحة ، التى يقع بها الطلاق ، من غير توقف على نية قضاء وديانة لو كان قاصدا الطلاق ، وقضاء لو لم يقصده ، ففى التنوير وشرحه وغيرهما من المذهب « صريحه ما لم يستعمل الا فيه ولو بالفارسية كطلقتك وأنت طالق ومطلقة » وفيه — ولو قال لها كونى طالق او اطلقى او يا مطلقة وقع ، ومن حيث ان المنصوص عليه شرعا بأنه لو وصف امرأته بالطلاق بأن « زوجتى مطلقة او قال لها يا مطلقة طلقت منه » .

٣٣/١٦٩٤ بورسعيد (٣٥/١/١٢) ت س م ش ٤٤٥/٦

□■□

(المبدأ ١٦) : العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية يقع بها الطلاق فور صدورها .

العبارة الدالة بلفظها الصريح على حل رباط الزوجية متى صدرت من زوج هو اهل لايقاع الطلاق وصادفت محلا ، يقع بها الطلاق فور صدورها ، ويكون طلاقا مستقلا قائما بذاته ، ولا يغير من ذلك ما اقترن بها من أنها تأييد لطلاق سابق ، اذ ليس من شأن هذه الاضافة أن تحول دون تحقيق الأثر الفورى المترتب عليها شرعا .

٣٦/٢٠ ق (٦٩/٥/٧) س ٧٥١/٢٠

□■□

(المبدأ ١٧) : الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء الا طلاق الزوجة وعتق العبد ووقف البيت .

المقرر شرعا أن الوكيل فى أمور الزوجية لا يملك الطلاق ، أو الاقرار به الا بتوكيل خاص من الزوج فى ذلك — وفى الأشباه والنظائر « الوكيل اذا كانت وكالته عامة مطلقة ملك كل شىء الا طلاق الزوجة وعتق العبد

ووقف البيت » ــ ومن حيث انه متى كان الفرض كذلك تكون المستأنفة مطلقة بالكلمة التى ذكرت بعريضة دعوى التخفيض .

٣٥/٢٨٨ ك س مصر (٣٦/٢/٢٤) م ش ٤٥٩/٧

□■□

(المبدأ ١٨) : اباح الاسلام للزوجة ان تطلب تطليقا من زوجها اذا اساء عشرتها .

أباح الاسلام للزوجة ان تطلب تطليقها من زوجها اذا اساء عشرتها ، وامعن فى الكيد والاضرار بها ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما مع مراعاة العادات والتقاليد بين الزوجين ، وحكم البيئة التى نشأ الزوجان فيها ، فما يكون ضررا لزوجة قد لا يكون ضررا لأخرى ، وعلى القاضى اذا ثبت لديه ذلك ان يطلقها بائنا ، والتطليق ، للضرر على الوجه الذى ذكر اخذ من مذهب الامام مالك رضى الله عنه وصدر به القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

٥٣/٩٥٢ مصر الجديدة (٥٩/٢/٢) م ش ٢٧٩/١٤

□■□

(المبدأ ١٩) : للزوج ان يملك زوجته عصمتها فتحتفظ بما ملكها فى عقد الزواج ولها ان تطلق نفسها به حسب صيغة التمليك وما تفيده طلاقا واحدا او مكملا للثلاث .

وحيث ان شرط ملك العصمة الذى احتفظت به المدعى عليها فى عقد الزواج واضح الدلالة شرعا وعرفا ، والمعتبر فيه المعنى الذى يفيده اللفظ ويؤيده العرف ، ولم يستطيع وكيل المدعى نفى الدلالة العرفية فى منطوق ذلك الشرط فيكون الشرط المذكور معتبرا شرعا .

٣٠/٢٨٦١ طنطا (٣١/١٠/١٥) م ش ٣٥٠/٣

□■□

(المبدأ ٢٠) : اذا كان تفويض الطلاق الى المراة بعبارة الأمر باليد ملكت بها البائن .

اذا كان تفويض الطلاق الى المراة بعبارة الأمر باليد ملكت بها البائن ، لأنها لا تملك أمرها الا به ، حتى لو اوقعت الرجعى الصريح كان بائنا طبقا

لما فوضه للزوج اليها ، وتملك بهذه العبارة طلقة بائنة ، اذا نوى الثلاث ـ وعن ابى ليلى انها تملك الثلاث ولا يصـــدق الرجل قضـــاء اذا قال نويت واحدة لأنه فوض اليها جنس ما يملكه وهو يملك الثلاث (يراجع المبسوط فى باب الأمر باليد من الجزء الســادس) ومن ملكت الثلاث لها ايقاعها دفعة واحدة او متفرقات (ابن عابدين فى باب الأمر باليد عند الكلام على صفـة الحكم الثابت بالتفويض ، وفى فصل ان طلقت ان شئت وفيهـا تفصـيل واف فى هذا الموضوع وزيادة تصريح بان المفوض اليها الثلاث تملك ايقاعها مجتمعة ومتفرقة) .

٢٠/٢٨٦١ طنطا (٣١/١٠/٥) م ش ٣٥٠/٣

□■□

(المبدا ٢١) : ان تفويض الطلاق للزوجة من باب التمليك لما يملكه الزوج ـ وبناء على ذلك فكل طلاق يقع من الزوجة لنفسها يجب ان يكون فى حدود المادة (٥) ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

ان الطلاق فى الأصل ملك للزوج وحده ، وقد أجيز له تفويض الطلاق الى زوجته من باب تمليك الغير ما يملكه المملك ــ ومن حيث ان كل طلاق يقع من الزوج يكون رجيعا بحكم المادة (٥) ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ الا ما استثنى بهذه المادة عملا بمذهب الامام مالك الذى اختاره ولى الأمر الحكم به بين الناس . وحيث ان الزوج بحكم هذه المادة لا يملك ايقاع الطلاق البائن الا فى حدود تلك المادة وبالتالى لا يملك الزوج تمليك زوجته ايقاع الطلاق على نفسها الا فى حدود هذه المادة .

٣٦/١٠٢٨ طهطا (٣٧/٩/١١) م ش ٨٢/١٠

□■□

(المبدا ٢٣) : ليس من صيغ التكرار ـ متى شاءت وكيفما شاءت لأن الأولى لعموم الزمان والثانية لعموم الحال ولا علاقة لهما بالتكرار .

ان تمليك الطلاق للزوجة بالصيغة المتفق عليها فى عقد الزواج ــ متى شاءت وكيفما شاءت ــ لا تفيد التكرار كما نص على ذلك فى كتب المذهب، لأن قوله متى تعميم فى الزمن فقط ، فلها أن تختار اى وقت للطلاق ، وقوله كيفما شاءت تعميم فى الأحوال ، التى يقع عليهـا الطلاق فقط ، فلهـا ان تختار الحالة التى يقع عليهـا الطلاق ، كان يكون رجعيـا أو بائنا بينـونة

صغرى او كبرى ، من غير ان يقتضى شيء من ذلك تكرار الطلاق (راجع ابن عابدين وفتح القديروالفتاوى الهندية فى كتاب الطلاق) .

١٠٢٨/٣٦ طنطا (٣٧/٩١/١) م ش ٨٢/١٠

□■□

(المبدأ ٢٤) : لا تأثير لتعارف الناس افادة التكرار بلفظى متى وكيف لأن ذلك اهدار لعبارة الشرط ومعانيها واخراج لها عن المعنى المتبادر دون دليل أو قرينة تدل عليه .

أن دعوى عرف العامة فى مثل هذه اللفظة يفيد التكرار ، كما أن ذكر ذلك فى بعض الأحكام التى استند عليها وكيل المدعى عليها لم يقم على صحتها دليل ، لأن المفروض أن المتعاقدين لابد وأن يكونا قاصدين لعقد الزوج وما تضمنه من شروط واذا صح ذلك فلا يصح ما ذكرت بعض الأحكام من أن الناس لا يفرقون بين ألفاظ الشرط فى عباراتهم مع أن فى انتهاج هذا النهج الوارد فى الأحكام ، اهدار لعبارات الشرط ومعانيها بحكم اللغة والتنوع والخروج بها الى معان أخرى ، بدون دليل او قرينة على ارادة غير الظاهر المتبادر من تلك الشروط ، ومثل ذلك لا يجوز بحكم قواعد اللغة دخوله فى الأحكام .

١٠٢٨/٣٦ طنطا (٣٧/٩/١١) م ش ٤٠/٨

□■□

(المبدأ ٢٥) : تفويض الزوج لزوجته بصريح الطلاق يقع به رجعيا فقها وقانونا وانه يصير بائنا بتكراره .

المنصوص عليه شرعا أن تفويض الزوج لزوجته بصريح الطلاق يقع به واحدة رجعيا على ما هو الراجح من المذهب ، جاء فى ابن عابدين ص ٤٨٧ جزء ٢ فى باب تفويض الطلاق على قول المصنف طلقى نفسك هذا تفويض بالصريح والواقع به رجعى – ومن حيث ان الزوجة قد كررت الطلاق فى مجلس واحد ثلاث مرات متفرقة والراجح فى المذهب أن لها ذلك .

٢٠١٩/٥٢ ك س مصر (٥٢/٩/٢٩) م ش ١٢٩/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٦) : للمفوض اليها الطلاق لمتى شئت وكلما شئت تكرار الطلاق .

ان للمعوض اليها الطلاق لمتى شئت وكلما شئت تكرار الطلاق وتفريقه ثلاث مرات فى مجلس واحد على الراجح من المذهب .

١٩/٢٠٠/٥٢ ك س مصر (٥٢/٩/٢٩)   م ش ١٢٩/٢٣

□■□

(المبدا ٢٧) : الطلاق الواقع بالتفويض بصريح الطلاق طبقا للمادة (٥) ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ هو رجعى .

ان الطلاق الواقع بالتفويض بصريح الطلاق طبقا للمادة (٥) ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ هو رجعى وأن المادة (٥) عامة تشمل كل أنواع الطلاق عدا ما نص عليه فى مذكرتها الايضاحية من التطليق بسبب اللعان أو العنة أو اباء الزوج عن الاسلام عند اسلام زوجته حيث نصت على أن هذه الأنواع سواء اكان ايقاع الطلاق من الزوج او من المفوض اليه .

١٩/٢٠٠/٥٢ س ك مصر (٥٢/٩/٢٩)   م ش ٢٩/٢٢

□■□

(المبدا ٢٨) : اذا اشترطت المراة فى عقد زواجها ان يكون امرها بيدها تطلق نفسا متى شاءت وكيف شاءت كان قصدها بالضرورة ان تملك نفسها عند اختيارها وهى لا تملك نفسها الا بالبائن على حكم القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، فاذا قبل منها الزوج ذلك مفوضا اليها امره اتفويضا تملك به نفسها بحكم القانون المذكور اقتضاء . ومن حكم هذا القانون اذا كنت الزوجة مدخولا بها تملك نفسها بالثلاث المتفرقات فتملكها عند هذا التفوض بدلالة المقام واذا طلقت نفسها ثلاثا متفرقات كان صنيعها فى حدود ما ملكته بتفويضه ومطابقا للفقة والقانون وبه تبين بينونة كبرى فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره .

ان عقد الزواج تم بشرط أن يكون أمرها بيدها بصيغة « على أن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها منه متى شاءت وكيف شاءت وقبل الزوج ذلك بالمجلس » ، وواضح من تفويض الطلاق لها فى عقد الزواج بهذه الصيغة أنها هى التى بدأت فى عقد النكاح بالايجاب مقيدا باشتراط تمليكها عصمتها فقبل الزوج ، والمقرر شرعا فى هذا الوضع أن كلا من النكاح والتفويض صحيح بخلاف العكس « شرح الدر حاشية رد المحتار او اخر باب الأمر باليد — والمقرر أيضا أن تفويض الطلاق للزوجة بصيغة الأمر باليد تصح فيه نية الثلاث وأن دلالة الحال تقوم مقام النية قضاء وأن التفويض اذا اقترن بمتى شاءت لا يتقيد بالمجلس فتملك أن

تطلق نفسها فى اى وقت « باب تفويض الطلاق ، وفصل فى الأمر باليد من البحر والبدائع » ـ وان التفويض المقترن بكيف شاءت تملك به البائن بينونة كبرى ان نواها أو لم ينو شيئا « فصل فى المشيئة من البحر » والمنصوص عليه ايضا انه اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا ملكتها مجتمعة ومتفرقة « فصل واما قوله طلقى نفسك من البدائع » ـ والتفويض فى الحادثة بصيغة الأمر باليد ومقترن بمتى شاءت وكيف شاءت فتصح فيه نية الثلاث ولا تتقيد بالمجلس ، وتملك به أن تطلق نفسها ثلاثا متفرقة ، وان كانت نية الزوج لم تعرف اذ لا تأثير لها ما دام مقررا فقها أن دلالة الحال تقوم مقام النية ، وصيغة التفويض فى الحادثة قد ذكر فيها الطلاق صراحة بقوله تطلق نفسها متى شاءت فتخرج عن كنايات الطلاق ، ولا تتوقف فى وقوع الثلاث بها على خصوص النية كما تقضى به المادة الرابعة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ بل يكفى دلالة الحال طبقا لمذهب أبى حنيفة .

٤٢/٨١٦ ك س طنطا (٤٤/١١/١٥) م ش ٢٣١/٩/١٦

□■□

(المبدا ٢٩) : متى كان طلاق الزوجة مطلقا اعتبر رجعيا .

متى كان طلاق الزوجة مطلقا اعتبر رجعيا ولا يتوقف كونها وارثة على ادعاء الرجعة مادامت المدة الشرعية المحتملة انقضاء العدة لم تنقض .

٣٢/٦٠ العليا (٣٢/٥/٢٢) م ش ٥٥٩/٤

□■□

(المبدا ٣٠) : المطلقة بالثلاث يقع رجعيا عملا بالقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

من حيث أن الطلاق الثلاث المذكور لا يقع الا طلقة واحدة رجعيةتطبيقا للقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وقبض مؤخر الصداق لا دلالة فيه على بينونة الطلاق لأنه لا مانع من اتفاقهما على تعجيل الدين المؤجل شرعا .

٢٩/٢٣١ ك مصر (٣١/١/٢٤) ت س م ش ٢٤٣/٣

□■□

(المبدا ٣١) : ما لم يثبت الزوج تكرار الطلاق الذى يدعيه فانه لا يعتبر غير واحدة رجعية .

وحيث انه لم يظهر من اقوال المدعى عليه انه طلقها حقيقة الا انه اعترف الآن بطلاق ، وهذا يعامل به باعتبار انه طلقة واحدة رجعية .

ق ٣٠/٤٤ مصر (٣٠/١٢/٢٨) م ش ٨٨٧/٥

□■□

(المبدأ ٣٢) : الطلاق المتعدد لفظا او اشاره يعتبر طلاقا واحـدا ، ومثله المكرر فى المجلس واحد .

ان الطلاق فى شرع القرآن الكريم على مرات فقد قال تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ولا يحل لكم ان تأخذوا مما أتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (١) فقد شرع على أن يوقع على دفعات متعددة تكاد تكون الآية صريحة فى أن الطلاق لا يكون الا مرة بعد مرة وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المراة نفسها أيضا حتى اذا لم تفد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة ، وعلم انه ليس فى البقاء خير وان الانفصال البات بينهما أحق وأولى ، وذلك لا يكون الا اذا أوقع الطلاق مرة ثم يعيدها الى عصمته ثم يطلقها ، الى آخره ، لا أن يوقع الطلقات الثلاث مرةواحدة ، أو مرات متعددة فى زمن واحد ، من غير أن يعيدها الى عصمته ، ولهذا شرع القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ فى مادته الثالثة فقد جاء فيها ــ الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة ــ كما نص فى مادته الخامسة على أن كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال الى آخره ــ ولكن كان نص القانون فيه بعض غموض فان المذكرة التفسيرية قد وضحت ذلك فى الفقرة الثالثة التى نصها « المتعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدا » ــ وهو راى محمد بن اسحاق ونقل عن على وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير ونقل عن مشايخ قرطبة ومنهم محمد تقى بن مخلب ومحمد بن عبد السلام ونقله ابن منذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمر وابن دينار وقد افتى به عكرمه وداود وقال ابن القيم انه راى اكثر الصحابة وراى بعض أصحاب مالك وراى بعض أصحاب احمد .

٣٤/١١٠٦ المنيا (٣٥/٦/١٥) م ش ٤٩٢/٧

□■□

(المبدأ ٣٣) : الطلاق المقترن بالعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة ويشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد .

نصت المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ على أن الطلاق المقترن بالعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة ــ يشمل الطلاق المتتابع فى مجلس واحد ــ لأنه مقترن بالعدد فى المعنى وان لم يوصف لفظ الطلاق بالعدد يؤكد ذلك ما ورد فى المذكرة الايضاحية من أن الطلاق شرع على أن

(١) سورة البقرة (٢٢٩) .

يوقع على دفعات متعددة وان الآية الكريمة « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان » تكاد تكون صريحة فى ان الطلاق لا يكون الا مرة بعد مرة وان دفعات الطلاق جعلت ثلاثا ليجرب الرجل نفسه بعد الأولى والثانية ويروضها على الصبر والاحتمال ولتجرب المراة نفسها ايضا حتى اذا لم تفد التجارب ووقعت الثالثة علم انه ليس فى البقاء خير وان الانفصال البات بينهما احق وأولى .

٢٨/٣٤ ق (٦٠/٦/٢٣) س ٤٧١/١١

□■□

(المبدا ٣٤) : الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لايقع الا واحدة .

المادة (٣) ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ قاضية بان الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة واعتبرت المادة الخامسة من القانون المذكور هذا الطلاق رجعيا ، فاذا دفع بطلاق الزوجة ـ « مدعية الوفاة والوراثة » ثلاث طلقات متفرقات صارت بها بائنة ولم يثبت الا ثلاث طلقات مجتمعة كالتى ينطبق عليها القانون ، تعين رفض الدعوى والحكم بالوفاء والوراثة .

٢٨/٤٨ م مصر ت (٢٩/١٠/١١) م ش ٤٣/٥/١١

□■□

(المبدا ٣٥) : تعليق الطلاق ـ متى اريد به التخويف او الحمل على فعل شىء أو تركه ـ اعتباره فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق ـ م ٢ ق ٢٩/٢٥ ـ وقوع الطلاق باللفظ الصريح ديانة دون حاجة الى نية الطلاق ـ حق الزوج فى ايقا الطلاق ـ لا يشترط حضورالزوجة او رضاها به .

انه وان كان نص المادة الثانية من المرسوم بقانون ٢٩/٢٥ ببعض احكام الأحوال الشخصية على انه « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شىء او تركه لا غير » يدل على ان المشرع اخذ براى بعض المتقدمين من الحنفية ، ارتأى أن تعليق الطلاق ان أريد به التخويف أو الحمل على فعل شىء أو تركه ، وقائله يكره حصول الطلاق ، ولا وطر له ، كان فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق ، الا انه لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أوقع طلاق المطعون عليها طبقا للثابت بالاشهاد وامام المأذون فى تاريخ ـ بقوله : « زوجتى ومدخولتى فلانة الغائبة عن المجلس طالق منى » وان هذا الطلاق يعد المكمل للثلاث لسبقه بطلقتين مفيدتين وكان المقرر فى قضاء النقض انه يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق او ما يقوم

مقامه حالا بالطلاق البائن او مالا بالطلاق الرجعى اذا لم تعقبه الرجعة اثناء العدة على أن يصادف محلا لوقوعه ، ويقع الطلاق باللفظ الصريح الصادر من الطاعن بالاشهاد على النحو السالف ، والذى ورد منجزا غير معلق ، يقع به الطلاق طبقا للنصوص الفقهية سالفة الذكر باعتباره منبت الصلة بما يسوقه الطاعن ان نيته انصرفت الى اثبات طلاق معلق على شرط وقر فى ذهنه تحققه ـ لما كان ذلك وكان لايشترط لايقاع الطلاق حضور الزوجة ، لأن الشارع جعله حقا للزوج يستقل بايقاعه من غير توقف على رضاها ـ واذ ساير الحكم هذا المنهج فانه لا يكون قد تنكب الشرع الاسلامى .

نقض ٤٤/٣٠ ق (٧٦/٤/٢٨) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٣٦) : اذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا ثم راجعها فانه لا يحل لها مؤخر صداقها عليه بهذه الرجعة .

جاء فى الجزء الأول من تنقيح الحامدية ص ٣٠٨ ما يأتى : « سئل فى رجل طلق زوجته طلقة واحدة رجعية ثم راجعها فطالبته بمؤخر صداقها فكفله أبو الزوج كفالة شرعية فهل تصح الكفالة ولها مطالبته بذلك بعد ثبوتها شرعا ؟ الجواب نعم ، وقد علق على هذا صاحب التنقيح بما يأتى اقول قد تقدم فى أوائل باب المهر عن الحاوى والزاهدى ولو طلقها رجعيا لا يصير المهر حالا حتى تنقضى العدة وبه اخذ عامة المشايخ فقول المؤلف لها مطالبته بذلك أى عند حلوله بموت الزوج او طلاق آخر .

٤٨/١٠٤٩ اسيوط (٤٨/١٠/٦) م ش ٢٢/٦٤٠

□■□

(المبدأ ٣٧) : وصف الطلاق بأنه ثالث لا عبرة به الا اذا كان حقيقيا.

وصف الطلاق بأنه ثالث لا عبرة به الا اذا كان حقيقيا ، فاذا ثبت ان الوصف غير صحيح كان الطلاق رجعيا .

٥٢/١٦١١ مصر (٥٢/٨/١١) م ش ٢٣/٤٤٣

□■□

(المبدا ٣٨) : قول المطلق بعد ايقاع الطلاق المجرد انه مكمل الثلاث من قبيل اقتران الطلاق بالعدد لفظا او اشارة فلا يقع الاواحدة طبقا للمادة الثالثة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ جاء باحكام الطلاق من بحر الشريعة الغـراء خالفت ما كان عليه عمل المحاكم من مذهب الحنفية فقيـد الطلاق بقيـود وجعله لا يقع الا اذا تحققت هذه القيود فلم يوقع طلاق السكران والمكره ، ولا الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه ، ولا ما زاد عن الواحدة اذا وصف بالعدد ، الى آخر ما هو مدون بمواد هذا القانون .

ومن حيث ان المفهوم من المادة الثالثة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ التى تنص على ان الطلاق المقترن بالعـدد لا يقع الا واحدة هو ان يكون ايقـاع الطلاق على دفعات ثلاث ليجرب الرجل نفسه المرة بعد المرة ويروضها على الصبر والاحتمال حتى اذا لم تفد التجارب فى المرة الأولى والثانية ووقعت الطلقة الثالثة فانه فى هذه الحالة الانفصال البات بينهمـا أحق وأولى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » .

٥٩٩/٥١ كرموز (٥١/٥/١٧) م ش ٤١٦/٢٤

□■□

(المبدا ٣٩) : الطلاق الرجعى لا يزيل الحل ولا الملك .

أن المقرر شرعا ان الطلاق الرجعى لا يزيل الحل ولا الملك .

٥٣/٢١١٣ ميت غمر (٥٤/٦/٢٨) ت س م ش ٨٩/٢٥

□■□

(المبدا ٤٠) : المطلق اذا وصف طلاقه بانه بعد الدخول او انه رجعى او غير مسبوق بطلاق لا يكون ذلك حجة على المطلقة .

اقرار المطلق لدى المأذون فى غيبة المطلقة ، بان الطلاق بعد الدخـول رجعى او انه غير مسبوق بطلاق مثلا لا يكون حجة على المطلقة ، ولا ان يقول انه قبل الدخول وبائن او انه ثالث الطلقات ، وتمكن من اثباته وليس ثمة ما يمنع من ذلك قانونا .

٣٧/٢٤٢ اسنا (٣٨/١/١٢) م ش ١٥١/٩

□■□

(المبدأ ٤١) : الطلاق اذا كان على مال يكون بائنا ولو لم يثبت المال قضاء والمقر يعامل باقراره شرعا .

عبارة الطلاق « قالت الزوجة ابراتك يا زوجي من مؤخر الصداق ونفقة عدتي وسألتك الطلاق على ذلك » فاجابها فور سؤالها بقوله : « وانت يا زوجتي طالق مني على ذلك » ـ والمحكمة رجحت الرأى القائل بان هذا الطلاق بائن ، ولو لم يثبت المال ، لأن الزوج اقر به ، وذلك معاملة له باقراره في حق نفسه ، وذلك لوجهين الأول : ان هذا الطلاق مما يشمله اسم الخلع وينطبق عليه كما ذكر ذلك بالجوهرة ونصها « الخلع شرعا عبارة عن عقد بين الزوجين المال فيه تبذله الزوجة فيخلعها أو يطلقها » الى آخره وكما ذكر بالخيرية ايضا في باب الخلع ص ٥٩ جزء أول ان الطلاق الكائن على عوض بمنزلة الخلع وممن صرح بذلك الوجيز وغيره بل ذكر انه مما عليه اسم الخلع الى آخر عبارتها ـ وذكر مثل ذلك في الهداية جزء أول ص ١٩٩ وكذلك بالتنقيح ص ٥٣ الأول منها في باب الخلع وعلى اساس ما ذكر يصح اعتباره خلعا بلفظ الطلاق فيقع به الطلاق البائن ولو لم يثبت المال فان الخلع يقع به البائن ولو لم يثبت المال . كما ذكر الأخير ابن عابدين في كتاب الخلع ـ الثاني ـ ان الطلاق المذكور قد اقر الزوج انه طلاق بعوض ، واذن فيقع به الطلاق البائن ولو لم يثبت المال ، معاملة له بمقتضى اقراره شرعا ، ومؤاخذة له به ، لأن عدم اثبات المال قضاء لا يحملنا على اننا نقطع بكذب المقر ، لأن كثيرا من الدعاوى لا يتمكن اربابها من اثباتها قضاء ، ولا ينافي ذلك انهم صادقون في الواقع ونفس الأمر .

مأخذ المادة الخامسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ هو مذهب الامام مالك والامام الشافعي كما يعلم ذلك من المذكرة الايضاحية للقانون المذكور ، وان كل المستثنى من المادة المذكورة هو محل اتفاق بين جميع المذاهب ولأن ما جاء بكتب الشافعية موافق لما رأته المحكمة من معاملة المقر باقراره واثبات الطلاق البائن ولو لم يثبت المال كما هو موافق لما ذكره المسقط وهو ذا نص كتب الشافعية . جاء بالتحفة لابن حجر جزء ٧ ص ٥٠٢ العبارة الآتية « قال الزوج طلقتك بكذا فقالت لم تطلقني أو طلقتني مجانا، أو طال الفصل بين لفظي ولفظك او نحو ذلك ـ بانت باقراره ولا عوض عليها اذا حلفت ، لأن الأصل براءة الذمة فالزوجة في العبارة المذكورة تنكر الطلاق بقولها لم تطلقني ، وتارة تنكر المال بقولها طلقتني مجانا او تنكر اتحاد اللفظين وعلى كل فهي تريد انكار وجوب المال عليها بدليل ما جاء بالعبارة المذكورة من انها بانت باقراره ولا عوض عليها اذا حلفت لأن الأصل براءة الذمة . فهذا النص يفيد معاملة الزوج بمقتضى اقراره واثبات الطلاق البائن مؤاخذة له بقوله مع ان الزوجة تنكر العوض وهو يقر بذكره . وهذا لا يتنافى مع المادة الخامسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ لأن القانون لم يقيد الطلاق

البائن اذا كان على مال بان يكون المال ثابتا قضاء بل يكفي ذكر المال كما يعلم ذلك من الاطلاع على النص المذكور فى كتب الحنفية وكتب الشافعية ، وان المادة المذكورة انما هي خاصة بحالة انشاء الطلاق على المال حالة الاقرار — فان فى حالة الاقرار يعامل المقر باقراره .

١٠٢٦/٤٤ اسيوط (٤٥/٨/٩) م ش ٢٥٣/١٧

□■□

(المبدأ ٤٢) : يعتبر الطلاق بائنا متى ادعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم يثبتها .

دفع المدعى عليه بالطلاق على البراءة وطلب قبول الدفع ورفض الدعوى ، ولما طلب منه الاثبات لم يأت بدليل واعتبر عاجزا عن اثبات الدفع وحلفت اليمين الشرعية على نفى وقائع الدفع ؛ ومن حيث انه والحال هذه يتعين رفض الدفع بالنسبة للبراءة وتفهيمها بهذا الطلاق والمحكمة ترى ان هذا الطلاق بائن وهو الموافق لمذهب ابى حنيفة لأن مقتضى نصوصه أن مثل هذا يقع بائنا لأن المدعى عليه اعترف بانه طلاق على مال ، ولا مفر من ان يؤاخذ باعترافه اذ هو اقرار والمقر يعامل باقراره فى حق نفسه وليس للمرأة حق متعلق فى ان الطلاق رجعي او بائن حتى يقال انه يتوقف على موافقتها ، وموافق ايضا للقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ لأن نص المادة الخامسة منه (كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل لثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال) ولم يقيد الطلاق على مال بأن المال ثابت قضاء .

٣٠٤/٣٣ ابو قرقاص (٣٤/٢/١٤) م ش ٥/١٧٤

□■□

(المبدأ ٤٣) : الطلاق على مال لا يتم الا بايجاب وقبول — اقرار الزوجة بابراء زوجها من مؤخر صداقها ونفقتها وجميع حقوقها الزوجية مقابل حصولها على الطلاق . خلو عبارة الاقرار مما يفيد ايقاع يمين الطلاق مقابل هذا العوض ايجاب من الزوجة لم يصادفه قبول من الزوج .

الطلاق على مال هو يمين من جانب الزوج ، ومعارضة من جانب الزوجة لا يتم الا بايجاب وقبول من الجانبين ، واذا كانت عبارة الاقرار الصادر من الزوجة انما تتضمن ابراءها زوجها من مؤخر صداقها ؛ ونفقتها ، وجميع الحقوق الزوجية المترتبة لها بموجب عقد الزواج ؛ مقابل حصولها على الطلاق ، وقد خلت مما يفيد ايقاع الزوج يمين الطلاق على

زوجته مقابل هذا العرض فان هذه العبارة بمجردها لاتعدو ان تكون مجرد ايجاب من الزوجة بعرض العوض على الزوج مقابل حصولها على الطلاق لم يصادفه قبول منه بايقاع الطلاق فعلا ، ومن ثم فلا يتحقق فيها وصف الطلاق على مال ، وشروطه ، وبالتالى لا يترتب عليها أثره المقرر شرعا .

نقض ٢١/٩ ق (٦٣/١١/١٣)   م ش ١٠٤٥/١٤

□■□

(المبدا ٤٤) : تبين الزوجة من زوجها بمجرد ادعائه طلاقا على البراءة ولو لم تثبت .

ومن حيث انه دفع بالطلاق الثلاث على البراءة واستند الى تلك المدة المديدة (تسع سنوات) وقد دل جميع دفاعه فى الدعوى على احتياله فى هذا الدفع ورات المحكمة تكذيبه ورفض الدفع بالنسبة للاسناد ولكنه يؤخذ شرعا بزعمه أنه أصدر طلاقا على البراءة فيتعين مؤاخذته بهذا القدر والاقتصار فى الاسناد على تاريخ صدور الاقرار بمجلس القضاء .

٣١/٨٧ الصف (٢٢/٢/١٥) ت س   م ش ٩٠٠/٥

□■□

(المبدا ٤٥): ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعيا .

وحيث ان المدعى ادعى طلاقا نظير الابراء ولم يثبت الابراء فيكون الطلاق الواقع بهذه الصفة طلاقا رجعيا عملا بالمادة الخامسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ لأنه بقى من مشتملات هذه المادة والطلاق على مال الذى يقع به بائنا فى المادة المذكورة هو الطلاق الذى يقع فى مقابلة مال تدفعه لأنها تريد الخلاص من زوجا فافتدت نفسها منه ، فيجب أن يكون بائنا لتسلم لها نفسها فى مقابل دفعها المال . وبما أن المال لم يثبت فيبقى اللفظ مجردا فيقع رجعيا — وما ذكره ابن عابدين فى الجزء الثانى ص ٨٧١ عند قوله ولو ادعى الخلع على مال وهى تنكر يقع الطلاق باقراره اى الطلاق البائن وان لم يثبت المال ، فانه بالرجوع الى التعليل الذى علل به وقوعه بائنا بتبين أن ذكر اذا لم يثبت المال يكون لفظ الخلع المقر به هو كناية فيقع به به البائن فانه لا يرد على هذا ، وذلك لأنه بعد صدور القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ أصبح كل طلاق رجعيا الا المنصوص عليه فى المادة الخامسة أى ان الكنايات أصبح الواقع بها رجعيا ولا يرد أيضا ان الطلاق الواقع يقع بائنا مساطة للزوج باعترافه لأنه يريد بالطلاق البائن فيجب أن يكون حسب

ارادته وذلك لأنه بعد صدور هذا القانون اصبح الزوج لا يملك وصف الطلاق فانه لو قال لزوجته انت طالق ثلاثا او طالق بينونة كبرى او بينونة صغرى فانه لا يقع عليه الا الطلاق الرجعى .

٣٠/٤٣٦ الفشن (٢١/٧/٧) م ش ٨٩٣/٥

□■□

(المبدأ ٤٦) : اذا لم تثبت البراءة المدعى حصولها مقابل الطلاق كان الطلاق رجعيا .

المنصوص عليه شرعا ان الطلاق المدعى حصوله نظير البراءة اى نظير مال يرجع فيه الى ما يفيده لفظه اذا لم يصح ذلك المال ، ومن حيث ان عدم صحة المال يشتمل عدم ثبوته فحينئذ يرجع الى لفظ ذلك الطلاق . ومن حيث ان القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ يقضى بان كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل الثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا من هذا القانون والقانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ ولم يكن هذا الطلاق واحدا من هؤلاء وخصوصا لم يثبت المال ومن حيث انه بناء على ذلك يكون الطلاق رجعيا لا بائنا ويتعين تغيير وصفه بجعله طلاقا رجعيا لا بائنا .

٢٧٨ ك س الزقازيق (٣٢/٤/٢٤) م ش ٢٠٨/٤

□■□

(المبدأ ٤٧) : تبين الزوجة بادعاء الزوج طلاقها على البراءة ولو لم يثبتها .

حيث ان المدعى عليه دفع الدعوى بالطلاق على البراءة وطلب قبول الدفع ولما كلف الاثبات لم يقدم ما فيه مقنع ، واعتبر عاجزا ، وحلفت على نفى وقائع الدفع ــ وقد تختلف وجهة النظر فى هذا الطلاق هل يقع بائنا او رجعيا . والمحكمة ترى انه طلاق بائن . ولبيان ذلك ينبغى ان نلقى نظرة فى مذهب الامام ابى حنيفة عليه رضوان الله ونظرة اخرى فى القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وتوضيح ما اذا كان موافقا لمذاهب ابى حنيفة او لا ــ أما بالنسبة لمذهب ابى حنيفة فمقتضى نصوصه ان هذا الطلاق يقع بائنا لأن المدعى عليه اعترف بانه طلاق على مال ولا مناص من أن ينفذ عليه اعترافه، والمقر تؤاخذ باقراره شرعا فى حق نفسه ، وليس للمرأة حق متعلق فى ان الطلاق بائن او رجعى حتى تقال ان الأمر متوقف على موافقته وذلك ظاهر، ولا يرد أن البدل لم يثبت ، فيكون رجعيا ، كما اذا جعل البدل خمرا او خنزيرا او اكرهها على البدل لأن الفرق من الوضوح بمكان اذا البدل فى

صورة الخمر والخنزير والاكراه غير معتبر شرعا فكانه لم يكن ، ويبقى الطلاق مجردا وهو رجعى ـ اما فى مسألتنا هذه فالبدل صحيح وغاية الأمر انه لم يثبت ولو فرض انه ثبت لكان الطلاق بائنا ، وكم من واقع لا يمكن اثباته . فيصدق الرجل فيه لأنه لا يتجاوزه الى غيره ـ اما بالنسبة للقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ فالمحكمة ترى أن هذا الطلاق بائن أيضا ، بناء عليه اذ نص المادة الخامسة منه « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال .. الخ ولم يقيد الطلاق على مال بأن المال ثابت قضاء فلا مانع يمنع من تطبيقه هنا ـ على أنه بالنظر الصحيح يتبين انه لا فرق بين هذا القانون ومذهب ابى حنيفة رضوان الله عليه لأن القانون انما قصد العدول عن مذهب ابى حنيفة فى وقوع كل طلاق رجعيا ماعدا ما استثنى فلا داعى للعدول عن مذهب ابى حنيفة فيه لأنه محل اتفاق . ويجب أن يرجع الى مذهب ابى حنيفة فى تفسير الأمور المستثناه ولو قيل أن القانون مأخوذ من مذهب الشافعى عليه رضوان الله ويجب ان يرجع اليه فى الأمور المستثناة ، وهو ما لا تذهب اليه المحكمة لكان الخطب يسيرا جدا اذ نص مذهب الشافعى أنه اذا ادعت طلاقها على مال فانكرت الطلاق أو المال أو قبولها فى المجلس فالقول لها وبانت بواحدة ـ راجع التحفة لابن حجر والوجيز للغزالى فى باب الخلع وحينئذ فيكون الطلاق على اى احتمال بائنا .

٣٢/٣٧٩٠ بلبيس (٣١/٥/٣) ت س م ش ٨٠٣/٤

□■□

(المبدأ ٤٨) : اذا قالت المرأة لزوجها ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال مطلقا وهى مدخول بها يقع الطلاق بائنا لأنه بعوض .

المنصوص عليه شرعا انها اذا قالت ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فطلقها وهى مدخول بها يقع الطلاق بائنا لأنه بعوض (ص ٥٧٥ من الجزء الثانى من ابن عابدين فى باب الخلع) فغير المدخول بها أولى بهذا الحكم اذ الطلاق بالنسبة لها يقع بائنا على كل حالة .

٣٢/١٠٧٥ أسيوط (٣٣/٩/٦) ت س م ش ٥٨٤/٥

□■□

(المبدأ ٤٩) : الطلاق الواقع باقرار الزوج فى دعوى الطلاق على البراءة ولو لم يثبت طلاق بائن .

جاء فى جامع الفصولين فى الفصل الثانى والعشرين فى مسائل الخلع وما تعلق به ما يأتى « البالغ خلع امرأته الصبية على مال أو مهر تطلق مجانا

لأنه علق الطلاق بقبولها المال وقد وجد فتطلق مجانا لأن هذا تبرع فلا تملكه » ولو طلق الصبية بمال يسير رجعيا وفى الأمة يصير بائنا اذ الطلاق بمال يصح فى الأمة لكنه مؤجل وفى الصبية يقع بلا مال ولو عاقلة » وجاء فيه أيضا ما يأتى « البالغ خلع امرأته الصبية فلو كان بلفظ الخلع فهو بائن ولو كان بلفظ الطلاق فهو رجعى » وكذلك جاء فى ابن عابدين وغيره . ويرى من هذه النصوص أن المال فى الطلاق والبدل والخلع اذا لم يصح ينظر الى اللفظ فان كان بالخلع وقع الطلاق بائنا ، وان كان بالطلاق ، وقع رجعيا. وبما أن المادة الخامسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ نصت على أن كل طلاق يقع رجعيا الا ما استثنى فى هذه المادة وليس مما استثنى الفاظ الكنايات كلفظ خالصة المذكورة بالدعوى المقامة من الزوج طالبا بها ايقاع الطلاق على البراءة من مؤخر الصداق ونفقة العدة ـ وبما اننا نرى أن عدم ثبوت المال فى الطلاق كعدم صحتهوبذلك يكون الطلاق الواقع رجعيا .

وقد استؤنف هذا الحكم فتأيد فيما عدا وصف الطلاق فقالت محكمة الاستئناف « أن المدعى أقر فى دعواه بحصول طلاق على مال اى انه اقر بحصول طلاق بائن مطابق لأحكام القانون الجديد وعدم تمكنه من اثبات البراءة ليس معناه القطع بعدم حصولها فى الواقع حتى يعتبر كاذبا فى فى اقراره ، أو يكون كبطلان المال فيما نص عليه الفقهاء ولا منافاة بين اعتبار هذا الطلاق بائنا وبين المادة الخامسة ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ لأ نالمدعى لم يوقع هذا الآن وانما يقر بحصول طلاق يعتبره القانون بائنا كما لو اقر الآن انهذه الطلقة مكملة للثلاث فانه يعتبر الطلاق بائنا بينونة كبرى دون تكليفة اثبات سبق طلاقين وذلك لأن ما أقر به لا يخالف القانون ولم يوجد ما يقطع بكذبه فيه فيعامل باقراره .

٣٣/٧٩٣ بنى سويف (٣٤/٦/١٧) ت س م ش ٦/٧٩٥

□■□

(المبدأ ٥٠) : ادعاء الزوج حصول الطلاق على البراءة ليس من قبيل الاقرار الذى لا يتجزأ والواقع به طلاق بائن .

الطلاق فى حادثنا دائما من جهة الرجل اصلا ، والبراءة من جانب الزوجة فهو صادر من جهتين ، واذن ففى مثل هذه الحالة يصح تجزئة الاقرار لتركيبه ونفى بساطته .

ومن حيث ان النص الشرعى فى هذه الحادثة باتفاق المذاهب على ارجح الأقوال فيها تقضى بمعاملة الملتمس ضده بما صدر منه من الاقرار بالنسبة للطلاق المذكور لا رفضه . والواقع بهذا الاقرار طلاق رجعى لانتفاء ثبوت البدل وهذا ما نص عليه فى الكتب المعتبرة كفتح القدير والهندية

والزيلعى وهو الموافق للقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ فان ظاهر ما فى هـذه الكتب انه اذا بطل البـدل سواء أكان لعدم صحتـه شرعا أو لعدم ثبوته كمـا هو مذهب الحنابلة فانه يقع رجعيا .

ملحوظة : اشـار الحكم الى المادة ١٢٦ لائحة التى تنص على عـدم تجزئة الاقرار الصادر فى مجلس القضاء ، وقالت المحكمة ان هذه المادة قد اخذت من مذهب الامام احمد بن حنبل .

٣٢/٣٦٤ اخميم (٣٤/٥/١٣)　　　　م ش ٨٤/٦

□■□

(المبـدأ ٥١) : المبـاراة والخلع والطـلاق عـلى مـال ليست مـن المعاوضات المـالية التى تطبق فى شانها احكام القـانون المدنى ، بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية وتخضع لأحكام الشريعة الاسلامية الواجب الرجوع اليها وحدها لتقرير ما ينبغى أن يتم به رضـاء الزوجين ، وكيف يفصح عنه كل منما فيما يصدر عنه من ايجاب وقبول ، وكيف يكون الايجاب والقبول معتبرين شرعا حتى تقع الفرقة ويسـتحق المال .

المباراة والخلع والطلاق على مال ليست من المعاوضات المالية التى تطبق فى شانها احـكام القانون المدنى بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية وتخضع بذلك لأحكام الشريعة الاسلامية الواجب الرجوع اليها وحدها لتقرير ما ينبغى أن يتم به رضـاء الزوجين ، وكيف يفصح عنه كل منما فيما يصدر عنه من ايجـاب وقبول ، وكيف يـكون الايجاب والقبول معتبرين شرعا حتى تقع الفرقة ويستحق المال . وحيث ان الطلاق بعوض فى الشريعة الاسلامية معتبر من جانب الزوج انه يمين أى تعليق للطلاق على قبول الزوجة للعرض المشروط فيه ، ومعتبر من جانب الزوجة انه تمليك المال بالطلاق هو ملك الزوج ، ومعتبر فى حقهما معا انه عقد على الطلاق بعوض اذا اوجبه الزوج فانما يكون ايجابه بتعلبق الطلاق الذى هو عوضه بشرط قبولها المـال الذى هو عوضها . ويكون ايجـابه من جانب الزوجة بتعليق عوضـها الذى تعطيه بايقـاع الطلاق الذى هـو ملك الزوج وكما كان ركن الطلاق بغير المال هو لفظ الطلاق الـذى جعل دلالة على معناه لغة (وهو التخلية والارسال ورفع القيد فى الطلاق الصريح وقطع الوصـلة ونحـوه فى الطلاق كناية) او شرعا « وهو ازالة الملك والحل فى النوعين » ، كان ركن الطلاق على المال (الذى هو عقد على الاطلاق بعوض) هو الايجاب والقبـول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بينهما . ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد بدون حصول الايجاب

والقبول على الصورة الشرعية المتقدمة الذكر لا يعتبر طلاقا مستوجبا لزوم المال على الزوجة .

نقض ٦/٨١ ق (٣٧/١٠/٢٨)

□■□

(المبدأ ٥٢) : الخلاف على الطلاق قبل الخلوة ـ قال المطلق قبلها وقالت المطلقة بعدها .

النص الفقهى فى هذه المسألة ورد فيه روايتان متقابلتان احداهما منقولة عن القنية ونصها : لو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها لانكارها سقوط نصفه (نصف المهر) وعلق على ذلك ابن عابدين فى رد المحتار بأن المراد هنا الاختلاف فى الخلوة مع الوطء أو الخلوة المجردة ، والثانية عن الأشباه جاء فى البند الثالث ما نصه « واذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لها فيه ثم قال لو قالت طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر فالقول لها فى وجوب العدة عليها وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة وفى حل بنتها واربع سواها » . وعلق الأستاذ هيبة الله البعلى على فرع القنية فى شرح الأشباه بأنه خروج على الأصل وستعلم أن ما فى الأشباه هو الخارج عن أصل مذهب الحنفية لما سياتى ـ ورجح ابن عابدين القول الوارد فى القنية لأن المهر وجب للزوجة بعقد زواج فهى متمسكة بالأصل وهو يدعى عليها طارئا نصف المهر وهو الطلاق قبل الدخول والخلوة ـ أما رواية الأشباه التى تفيد أن القول قوله بيمينه والبينة بينتها فى المهر والنفقة الى آخره فهى لا تتمشى وأصول الحنفية وان وافقت أصول الشافعية ـ فالقول الأول جدير بالاعتبار لذلك ولأنه نص عليه فى المتون ـ ومعروف ان ما فى المتون مقدم على ما فى الشروح لأن أصحاب المتون هم أهل الطبقة الخامسة من الفقهاء القادرين على معرفة الأقوى من القوى والضعيف من الأقوال فى المذهب .

١٣/١٢/٤٥ المحلة الكبرى (٢/٢/٤٧) م ش ٤٠١/٢١

□■□

(المبدأ ٥٣) : اقرار الزوج بطلاق زوجته مسندا الى تاريخ سابق لا يعتبر انشاء لطلاق جديد .

جاء فى رد المحتار (فان الفتوى انها من وقت الاقرار مطلقا) وقال فى البحر وظاهر كلام محمد فى المبسوط وعبارة الكنز اعتبارها من وقت الطلاق الا أن المتاخرين اختاروا وجوبها من وقت الاقرار حتى لا يحل له

التزويج باختها واربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها وهو المختار ، كما فى الصفوى الى ان قال وفى الفتح ان فتوى المتاخرين مخالفة للائمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين . وحيث كان مخالفتهم للتهمة فينبغى ان يتحرى محلها والناس الذين هم مظانها — وقال فى الفتح فى باب العدة فى تعليل جعل العدة من وقت الاقرار قال نفيا لتهمة المواضعة بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين او يتواضعا عليه بتزوجه أختها او أربعا سواها واذا كانت مخالفة هذا الحكم وهومذهب الائمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغى أن يتحرى محل التهمة والناس الذين هم مظانها .. الخ — وقال فى المبسوط ص ١٤٥ جزء ١٨ واذا اقر بطلاقها منذ ثلاثة اشهر فان كان تزوجها منذ شهر لم يقع عليها شيء لأنه اضاف الطلاق الى وقت قبل النكاح ولا طلاق قبل النكاح فان كان تزوجها منذ اربعة اشهر وقع الطلاق عليها لكونه مالكا للانتفاع فى الوقت الذى اسند الطلاق اليه — الا أن صدقته فى الاسناد فعدتها من حين الطلاق وان كذبته فى الاسناد فعدتها من وقت اقرار الزوج لأن فى العدة حقها من حيث انها تستوجب النفقة والسكنى فلا يقبل قوله فى الاسناد واذا لم تصدقه فى ذلك لما فيه من ابطال حقها — فالذى يفهم من هذا أن قول الفقهاء بجعل الطلاق من وقت الاقرار به انما هو فى حق الله تعالى على ما ذهب اليه المتأخرون نفيا لتهمة المواضعة على تزوج أختها أو أربع سواها أو نحو ذلك وأن المتقدمين من الفقهاء والائمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين على أن أثره يبدأ من وقت الاسناد .

٣٦/٩٩٧ ك س مصر (٣٧/٥/٢٠) م ش ٣٤٤/٩

□■□

(المبدأ ٥٤) : لا تثبت دعوى اسناد الطلاق الى زمن ماض يتصادق المتداعين عليه بل يحكم بوقوع الطلاق مستندا الى وقت الاقرار .

المنصوص عليه شرعا أن الزوج لو أقر بطلاق زوجته فى زمن سابق على اقراره لم تكن لهذا الاقرار قيمته ، الا اذا كان مشتهرا بين الناس ، وذلك لتهمة اتفاق الطرفان على ذلك لأمر يقصدان اليه من هذا الاقررا ، واذن فيكون ثبوت الطلاق من وقت الاقرار به ويكون بدء العدة من هذا الوقت نفسه لأن الاقرار بالطلاق معتبر انشاء له . وحيث ان الطرفين تصادقا على سبق هذا الطلاق بطلقتين مستقلة كل واحدة منهما عن الأخرى فيكون هذا الطلاق هو المكمل للثلاث .

٣٣/٥٩٧ الأقصر (٣٤/٣/١٨) م ش ٩٨٠/٦

□■□

(المبدأ ٥٥) : اذا صدقت الزوجة زوجها المقر فى اسناد طلاقها الى تاريخ سابق اعتبر فى حقها لا فى حق الله .

اذا صدقت الزوجة زوجها المقر فى اسناد طلاقها الى تاريخ سابق اعتبر ذلك فى حقها لا فى حق الله ، فتعامل بهذا الاسناد بالنسبة لنفقتها ولا يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله كتزوجه بأختها أو أربع سواها لتهمة المواضعة .

٣٦/٩٨٧ ك س مصر (٣٧/٥/٢٠) م ش ٩/٢٤٤

□■□

(المبدأ ٥٦) : اذا طلق الزوج زوجته وقال طلقتها قبل الدخول والخلوة ــ وقالت بعد الخلوة فالقول لها فى وجوب العدة عليها ، وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة ، وفى حل بنتها واربع سواها ، واختها للحال ، والبينة بينتها .

جاء فى رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جزء ثان من باب المهر ما نصه « ولو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول قولها « لانكارها سقوط نصف المهر ومثله فى القنية للزاهدى ونظمه ابن وهبان وقال نه تتبع هذا الفرع فما ظفر به ولا وجد ما يناقضه ، ووجهه ماش مع القواعد ، لأن القول للمنكر . وقال ابن عابدين رايته فى حاوى الزاهدى أيضا ، وحكى فيه قولين ما مر معزيا الى المحيط وكتاب آخر ، ثم عزا الى الأسرار أن القول قوله لأنه ينكر وجوب الزيادة على النصف ، واستظهر ابن عابدين حجية القول الأول لأمرين ــ الأول : لجزم المصنف به والثانى : لان المهر يجب بنفس العقد ، والدخول ، أو الموت مؤكد له ، والطلاق قبلهما منصف له ، فسبب وجوب الكل متحقق والمنصف له عارض والمرأة تنكر ذلك العارض ، وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للكل ، ولذا ثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول ، ولا يعود نصف المقبوض الى ملكه بالطلاق قبل الدخول الا بالقضاء أو الرضاء ، ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك، وينفذ تصرف المراة فيه ، والزوج وان انكر الزيادة على النصف لكنه مقر بسببها ، كما لو أقر بالغصب وادعى الرد وكذبه المالك فدعواه الرد انكار للضمان بعد الاقرار بسببه فلا يقبل ــ ولكن استظهار ابن عابدين لا يمكن تسلمه ولا الأخذ به ، كما جاء فى الأشباه فى قاعدة الأصل العدم ــ وفى القنية افترقا وقالت افترقنا بعد الدخول ، وقال الزوج قبله ، فالقول قولها ، لأنها تنكر سقوط المهر ، وقال هبة الله البعلى نظمه لما سيصرح به من أن القول لها فى وجوب العدة ، وله فى المهر والنفقة والسكنى فى العدة ، وفى حق بنتها واربع سواها ، واختها للحال ، فيفهم من أن القول لنا فى الوطء وهو

الزوج فيكون من فروع الأصل لا فى حق وجوب العدة بأن القول قولها ـ فظهر أن فرع القنية هو الخارج عن القاعدة وان غيره هو المتمشى معها . وجاء فى الأشباه ما نصه « اذا اختلف الزوجان فى الوطء فالقول لنا فيه ثم قالت طلقنى بعد الدخول ولى كمال المهر قال قبله ولك نصفه فالقول لها فى وجوب العدة عليها ، وله فى المهر والسكنى فى العدة وفى حل بنتها واربع سواها واختها للحال » فتراه قد ذكر الحكم جازما مع اطلاعه على فرع القنية فيكون ذلك عدم اعتداد منه ـ وأن ما فى الأشباه مؤيد بقاعدة ان القول قول من يشهد له الظاهر ، وهو شاهد للنافى ومؤيد أيضا بقاعدة أن البينات شرعت للاثبات لا للنفى ، اذ لو كان القول قولها لكانت البينة بينته على عدم الدخول فتكون قائمة على النفى الذى لا يحيط به علم الشاهد ـ ومؤيد بقاعدة أن التحليف انما يكون على النفى لا على الاثبات ، اذ لو كان القول قولها لكان عليها اليمين ، ويكون حلفها على انه خلا بها ، وذلك حلف على الاثبات ، فانه لا يسلم خلاف مطلقا فى أن القول فى النفقة والسكنى ـ ولو كان فرع القنية هو الأرجح لوجب أن يكون الحكم كذلك فى النفقة لأنها تجب بالزوجية وهو منكر لسقوطها والمراة تنكر العارض وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للنفقة ـ وقال فى أنفع الوسائل (فاذا جاءت المراة الى القاضى وادعت النكاح والخلوة وطالبته بكل المهر فلا يخلو اما أن صدق الزوج على ذلك او كذب فان صدق وطلبت من القاضى الحكم بتاكد المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية فانه يجيبها الى ذلك ويحكم لها عليه بتأكد كل المسمى مع العلم بالخلاف فيه وان صدقها الزوج على النكاح وكذبها فى الخلوة يحلف بالله انه ما خلا بها خلوة صحيحة فان حلف ولا بينة لها لم يتأكد مهرها كله وان اقامت بينة بالخلوة الصحيحة قبلت وحكم عليه بتأكد مهرها كله كما يحكم فى صورة تصديقه فى ذلك فظن أنه عند اختلافهما فى الخلوة وعدمها يكون القول قوله والبينة بينتها ـ وجاء فى مبسوط السرخسى فى باب الرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح ما نصه « واذا شهد رجل وامراتان على طلاق امراة ، ورجل وامراتان على دخوله بها فقضى القاضى بالصداق والطلاق ثم رجعوا فعلى شهود الدخول ثلاثة ارباع المهر وعلى شهود الطلاق ربع المهر لأن شهود الطلاق الزموه نصف المهر وشود الدخول الزموه جميع المهر (ثم قال بعد ذلك ـ ولولا شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر) وهذا دليل على أن القول قوله لأمرين ، الأول : انها قبلت بينتها على الدخول ولو كان القول قولها لكانت البينة بينته هو لا بينتها ، والثانى : لو كان القول قولها ما استقام قول المبسوط « ولولا شهادة شهود الدخول لم يكن عليه جميع المهر) ومعلوم أن مبسوط السرخسى جمع ظاهر الرواية فما ورد فيه مقدم على غيره ، فتبين من كل ما ذكر أن فى المسألة قولين وانه لم يصرح بترجيح احدهما على الآخر فاستظهار ابن عابدين لا يلتفت اليه لأنه ليس من اهل

الترجيح وان كون القول قول الثانى والمصرح به فى معتبرات المصنفات ويتفق مع القواعد ومع ما قيل فى النفقة والسكنى وبقية الأحكام سوى نفقة العدة وأن هذا الذى يدل على ما فى مبسوط السرخسى فهو اذن ظاهر الرواية وكفى بذلك دليلا على أنه الراجح فيجب الأخذ به شرعا .

٥٢/١٩٨٤ السيدة (٥٣/٣/٢٢) م ش ١١٨/٢٤

□■□

(المبدأ ٥٧) : الطلاق البائن ــ الطلاق الرجعى ــ اختلافهمـا من حيث الأثر .

الفقـه الاسلامى يميز من حيث الأثر المترتب على الطلاق بين ما اذا كان بائنا أو رجعيا ، فيرتب على الطلاق البائن رفع قيد النكاح فى الحال فلا يحل للمطلق ان يستمتع بمطلقته ولا يملك مراجعتها ، ولو كانت فى العدة وليس له أن يعيدها الى عصمته الا برضاها ، وبعقد ومهر جديدين .

اما فى الطلاق الرجعى فان الزوجية تظل قائمة ، ولا تزول الا بانقضـاء عدة المطلقة فيملك المطلق مراجعة مطلقته مادامت فى العدة ولا يتوقف ذلك على رضاها ، ولا يحتاج الى عقد ومهر جديدين وتتم هذه المراجعة بمجرد قوله الدال عليه أو فعله الموجب لحرمة المصاهرة .

طعن ٥١/٢٢ ق (١٩٨٣/٣/٢٩) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٥٨) : اختلفت المحاكم فى وقوع طلاق الذمى لزوجته ــ والذى تقتضيه نصوص كتب المذهب أن طلاق الذمى لزوجته كطلاق المسلم لزوجته

اختلفت المحاكم فى طلاق أهل الذمة فبعضهـا يرى أنه ليس للذمى أن يطلق زوجته الذمية مطلقا ، واذ طلقها لا يقع طلاقه ، لأن ذلك لرئيسهالدينى وحده بالشروط والأوضاع المبينة فى مذهبهم ــ وبعضها يرى أن طلاق الذمى لزوجته الذمية يقع ، ويترتب عليه أحكامه ، كطلاق المسلم لزوجته وانها تبين بهذا الطلاق لا الى عدة الا اذا كانت حاملا للنصـوص الآتية : « جاء فى الدر المختار جزء ثان وفى فتح القدير جزء ثان باب زواج الذمى وأواخر باب العدة واذا ترافع الينا زوجان وهما على الكفر وقد طلق الزوج زوجته ثلاثا وطلبت الزوجة التفريق فانه يفرق بينهما اجماعا الى آخره ، وفى الأنقروية جزء أول فى زواج الكافر « اذا طلق الذمى امرأته ثلاثا أو خالعها ثم أقام عليها الى السلطان فالقاضى يفرق بينهما بالاتفاق » وفيها أيضا « ذمية طلقها زوجها أو مات عنها لا تعتد عند أبى حنيفة » وفى تنقيح الحامدية جزء أول فى باب زواج

الرقيق والكافر « سئل فى ذمية طلقها زوجها الذمى ثلاثا لدى بينة شرعية وطلبت التفريق فهل تجاب الى ذلك (الجواب) – نعم – لأنهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك ، وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد ، وفى حاشية ابن عابدين على ص ٣٩٧ ان الطلاق فى الثلاث قاطع لعقد الزواج فى الأديان كلها وما هو مشهور عند غير المسلمين من عدم وقوعه لعله مما غيروه ، وفى تنوير الأبصار دمية غير حامل طلقها ذمى أو مات عنها لا تعتد عند أبى حنيفة ؟ ومن هذه النصوص يبين أن طلاق الذمى لزوجته واقع ومعتبر وتترتب عليه احكامه .

٥٤/٢٢٢ ك مصر (٥٤/٦/٨) ٣٧٤/٢٤

□■□

(المبدأ ٥٩) : التفريق لاباء الزوج الاسلام تطليق لا فسخ .

قال صاحب تنوير الأبصار باضافة عبارة الدر المختار ولو أسلم أحد الزوجين الموجوسيين أو امراة الكتابى ، عرض الاسلام على الآخر ، فان أسلم فبها ، الا بأن ابى أو سكت ، فرق بينهما . وقال بعد كلام (والتفريق طلاق ينقص العدد لو أبى) – وعلق ابن عابدين بقوله أشار الى أن المراد بالطلاق حقيقته لا الفسخ ، فلو أسلم ثم تزوجها يملك عليها طلقتين فقط عندهما – وقال أبو يوسف انه فسخ – ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده ، قال فى النهاية حتى لو أسلم الزوج لا يملك الرجعة ، قال فى البحر وأشار بالطلاق الى وجوب العدة عليها ان كان دخل بها لأن المراة ان كانت مسلمة فقد التزمت احكام الاسلام : ومن حكمه وجوب العدة ، وان كانت كافرة ، لا تعتقد وجوبها فالزوج مسلم ، والعدة حقه ، وحقوقنا لا تبطل بديانتهم ، والى وجوب النفقة فى العدة ، ان كانت هى مسلمة ، لأن المنع من الاستمتاع جاء من جهته ، بخلاف ما اذا كانت كافرة ، واسلم الزوج ، لأن المنع من جهتها ، ولهذا لا مهر لها ، ان كان قبل الدخول ، أما لو أسلمت ، وابى الزوج ، فلها نصف المهر ، قبل الدخول ، وكله بعده – وقال بعد كلام فتفريق القاضى باباء البالغ عن الاسلام هو طلاق منه بطريق النيابة ص ٣٩٩ ، ٤٠٠ جزء ثان ابن عابدين .

٥٢/٨٧٨ (٥٢/٩/٣٠) م ش ٤٤٦/٢٥

□■□

(المبدأ ٦٠) : اذا تعذر عرض الاسلام على الزوج الغائب قام اعتراف زوجته بانقضاء عدتها منه بعد الاسلام مقام ذلك العرض اقامة للشرط مقام السبب وهو الاباء .

المنصوص عليه شرعا أن من اسلمت وزوجها غير مسلم وفى دار الحرب

لا يعرض عليه الاسلام لعدم الولاية ، وقالوا أن مثله ان كان راكب البحر المالح لانعدام الولاية عليه كذلك ، وظاهر أن الغائب الذى لا يدرى مكانه ليس لنا ولاية ، تمكننا من عرض الاسلام عليه ـ وفى هذه الدعوى لا يمكن عرض الاسلام عليه ـ وقد اقرت المدعية بمجىء الحيض اليها اكثر من ثلاث مرات من تاريخ اسلامها ، وقد نص الفقاء على اقامة هذا الشرط مقام السبب وهو الاباء عند تعذر العرض ويكون فى هذه الحالة حكمه حكم من عرض عليه الاسلام فابى تقديرا .

٣٨/٧٥ سمالوط (٣٩/١١/٥) م ش ١٠٥/٤/١٢

□■□

(المبدا ٦١) : النكاح يفسخ بالردة سواء ارتد الزوج او الزوجة او هما معا .

المنصوص عليه شرعا أن النكاح يفسخ بالردة ، سواء ارتد الزوج أو الزوجة ، أو هما معا ، لأنه اذا ارتد الزوج فسخ النكاح لأن المرتد ليس له ان يتزوج ـ ولو كان من يريد زواجها غير متدينة بدين الاسلام فضلا عن المسلمة واذا ارتدت الزوجة انفسخ النكاح أيضا لأن المسلم لا يحل له نكاح المرتدة لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما وما انتقلا اليه لا يقران عليه ـ والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق سواء أتت من جهة الزوج او الزوجة وهى تحصل بمجرد الردة من أحدهما بدون توقف على قضاء ـ ويكون القضاء بالفرقة فى حالة الردة مظهرا لا مثبتا ويملك الزوج على الزوجة لو حصل التزوج بها بعد الاسلام ثلاث طلقات اذا لم يكن حصل طلاق منه قبل الردة أو فى العدة ـ وهذا رأى الامامين سواء كان المرتد الزوج أو الزوجة وقال محمد اذا كانت الردة من قبل الزوج كان طلاقا لا فسخا .

٤٤/١٦ اسنا (٤٤/١٢/١٤) م ش ٨٠/٣/١٦

□■□

(المبدا ٦٢) : الفرقة الحاصلة بالردة ليست حرمة مؤبدة بل مؤقتة بسببها وهو الردة فان زالت الردة زالت الحرمة .

الفرقة الحاصلة بالردة ليست حرمة مؤبدة بل هى مؤقتة بسببها وهو الردة فان زالت الردة زالت الحرمة فالحرمة تتبع الردة وجودا وعدما ـ فاذا اسلم المرتد منهما جاز له التزوج ثانيا بدون توقف على محلل كما يصح التزوج فى العدة أيضا وبعد انقضائها لأن الزوج الثانى هو الأول وكل ذلك اذا لم يوقع الزوج عليها ثلاث طلقات بعد الردة وهى فى العدة فان فعل فليس له أن يتزوجها الا بعد تزوجها بغيره ـ وسواء كان المرتد الزوج او الزوجة فلابد

من التراضي اذا اريد تجديد العقد ـ اما اذا كانت المرتدة الزوجة واسلمت وأراد الزوج عودها اليه أجبرت على ذلك ، واذا ارتدا معا قاما على التعاقب او في آن واحد . فان كانت الردة على التعاقب انفسخ العقد لأن أحدهما مسلم بيقين والآخر كافر بيقين .

١٦/٤٤ اسنا (١٤/١٢/٤٤) م ش ١٦/٤/٨٠

□■□

(المبدا ٦٣) : الانفصال الجسماني لا يعتبر طلاقا في مذهب الأقباط الكاثوليك لأنه يقضي ببقاء الزوجية مدى الحياة .

ان احكام القانون الكاثوليكي تحرم الطلاق وعدم انحلال رابطة الزوجية لأي سبب الا بالموت ، وهي بذلك تخالف جميع الأديان الأخرى وسائر المذاهب المسيحية ، ويستعاض عن الطلاق بالتفريق الجسماني ، وهو المباعدة بين الزوجين فراشا ،ومائدة . واسباب التفريق عندهم توازي أسباب التفريق عند الطوائف الأرثوذكسية حسب المبين بشرح الاختبارات القضائية للطوائف غير الاسلامية نقلا عن مذكرة وزارة الحقانية ص ٤٤ .

٣٢/١٩٨٧ الجمالية (٢٣/٨/٢٠) ت س م ش ٩/٦٢٥

□■□

(المبدا ٦٤) : لا مانع من الغاء وصف الطلاق الصادر في الوثيقة متى كان غير شرعي حتى ولو ذكر بعد ذلك انها صارت طالقا منه ثلاثا لأنه فتوى لا حكم .

حيث انه قد اريد في الوثيقة الاحتيال على اسقاط القانون بما ذكر فيها من تكرار لفظ الطلاق مع أنه قد تبين من المذكرة الايضاحية ومن روح القانون أنه لا قيمة لتكرار لفظه وانه كاقترانه بالعدد ولا يقع الا واحدا ومثل هذا لا يساعد عليه القضاء ويؤيده ما روى في الحديث عن الامام احمد قال : حدثنا سعيد بن ابراهيم قال انبانا ابي عن محمد بن اسحاق قال حدثني داوود ابن الحسين عن عكرمةعن ابن عباس رضي الله عنهما قال « طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله النبي صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها » (انتهى ص ٢٥ جزء ثالث فتح القدير) ومنه يعلم اهدار العدد بأي وجه ولو بتكرار الطلاق مادام في مجلس واحد لأنه جعل مناط الحكم اتحاد المجلس وهذا يدل عليه روح القانون ويمنع الاحتيال على ابطاله .

١٠٦/٣٤ المنيا (١٥/٦/٣٥) م ش ٧/٤٩٢

□■□

(المبدأ ٦٥) : الطلاق يوقعه منكر النكاح بعد العمل بالقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ يكون رجعيا .

من حيث ان عبارة الفقهاء اختلفت فى الطلاق الذى يوقعه منكر الزوجية هل هو بائن أو غير بائن ونحن نرى بعد العمل بالقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وعملا بالمادة الخامسة منه يكون رجعيا لأنه ليس مما استثنى ولا مما نص فيه على أنه بائن .

٣٦/٢٢٢ اسنا (٢٧/٦/٢) ت س م ش ٨/٧/٢٩٩

□■□

(المبدأ ٦٦) : يكفى لاشهار الطلاق ان يعلم اثنان به .

ان الطلاق لمن أخذ بالساق وقد طلقها فى غيبتها طلاقا لم يكتمه عنها بل اقر به فى وقت وقوعه واشتهر ذلك بين الناس بحصول الاقرار أمام شاهدين وقد نص الفقه على أن من اقر بطلاق امراته ولم يكتمه واشتهر بين الناس وجبت العدة من حين وقوعه وقالوا ان الاشتهار يكون باقراره بين الناس ، ويكفى اقراره عند رجلين ولا يلزم الاقرار عند أكثر .

٣٤/٢٣٨١ المنصورة (٣٦/٤/٢٩) ت س م ش ٨/١/٢٢٤

□■□

(المبدأ ٦٧) : اذا وقع الطلاق استتبع أثره حتما ووقعت به الفرقة بين الزوجين .

تقضى قواعد الفقه بأن صريح الطلاق متى صدر من الرجل المستكمل لشرائط (١) ايقاعه مضافا الى زوجته التى فى عصمته استتبع أثره حتما ووقعت به الفرقة بين الزوجين الرجعية أو البائنة حسب الأحوال ولم يحتج فى حدوث أثره هذا الى تفريق من القاضى او حكم به وتستند أحكامه الى وقت حدوثه حتى اذا ثبت بالبينة وقوعه من وقت معين ابتدات عدة المطلقة من ذلك الوقت .

٣١/١٥٢٤ ك س مصر (٣٢/٦/٢٧) م ش ٥/١٣٨

□■□

---

(١) يقع طلاق كل زوج اذا كان بالغا عاقلا سواء كان حرا او عبدا طائعا او مكرها (الفتاوى الهندية جزء اول باب الطلاق) .

(المبدأ ٦٨) : ادعاء الزوج فساد عقد زواجه بزوجته بزعمه عدم دخول من تزوجها بها بعد طلاقها منه ثلاثا (المحلل) يقتضى الحكم بالتفريق بينهما ولا يمنع من اجابة طلب فرض نفقتها عليه .

المنصوص عليه شرعا ان مطلقة الثلاث اذا قالت لمطلقها قد تقضت عدتى وتزوجت بآخر وطلقنى بعد الدخول وانقضت عدتى منه والمدة تحتمل ذلك له أن يصدقها ان غلب على ظنه صدقها لأنها امينة فى ذلك فتصدق ما لم يكذبها الظاهر بان كانت المدة لاتحتمل انقضاء العدة ص ٥٥٧ جزء ثان من ابن عابدين و ص ٥٩ من الجزء الرابع من البحر ، ومتى صدقها وتزوج بها كان هذا الزواج صحيحا وكان اقدامه عليه دليلا على اعترافه بصحته وبانها تحل له فقوله الآن أن الزوج الثانى لم يطأها وطلقها قبل أن تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها ــ وبذلك كان زواجه بها ثانيا غير صحيح لأنه تزوجها قبل أن تحل له لا يقبل منه فى حقها لأنه يكون به متناقضا كما لو قالت الزوجة بعد التزوج بها كنت مجوسية اومرتدة اومتعدة أومنكوحة الغير فانه لا يقبل قولها لتناقضها اذ اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته ، ولأنه فى هذه الدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ولأنه لا يقصد بهذا الادعاء الآن سوى التخلص من نفقتها اذا تم له ما أراد فان النكاح متى ثبت فساده سقطت نفقة العدة اذ الفاسد لا يوجب النفقة ص ١٨٦ من الجزء الأول من جامع الفصولين . ومن حيث ان دفعه بما ذكر اقرار منه بما يوجب حرمة الوطء ومثل هذا يقتضى التفريق بينهما ، اذ المنصوص عليه أن المطلقة ثلاثا اذا قالت بعدما عادت الى الزوج الأول من بعد طلاقها من زوج آخر أن الزوج الثانى قد دخل بها فأنكر زوجها الأول ذلك فانه يفرق بينهما لاقراره بفساد النكاح فيعامل بهذا الاقرار ويعتبر قوله فى حق الفرقة كأنه طلقها لا فى حقها ص ٤٢ من الجزء الأول من الفتاوى الأنقروية وص ٥٩ من الجزء الرابع من البحر .

ومن حيث ان التفريق فى النكاح منه ما يكون فيه طلاقا وهى الفرقة بالجب والعنة والايلاء واللعان واباء الزوج عن الاسلام ، ومنه ما يكون فسخا وهو التفريق بغير ما ذكر ومنه التفريق فى موضوعنا هذا ص ٣١٦ من الجزء الثانى من ابن عابدين (باب الولى) ــ ومن حيث ان تفريق القاضى موجب للعدة من وقت التفريق ص ٦٢٤ من الجزء الثانى ابن عابدين .

١٤٦٦/٣٣ اسيوط (٣٤/١٢/١) م ش ١٠٥/٦

□■□

(المبدأ ٦٩) : لو اقر الزوج بطلاق زوجته مستندا الى زمن سابق على اقراره لم يكن لهذا الاقرار قيمة نفيا لتهمة اتفاق الطرفين على ذلك لغرض يرميان اليه من هذا الاقرار .

جاء فى متن التنوير وشرح الدر جـ ٢ ص ٦٢٦ ما نصه « لو اقر بطلاقها منذ زمان ماض فان الفتوى على أنها من وقت الاقرار مطلقا نفيا لتهمة المواضعة ــ لكن ان كذبته فى الاسناد أو قالت لا ادرى وجبت العدة من وقت الاقرار ولها النفقة والسكنى ، وان صدقته فكذلك ــ الى أن قال فى البحر والحاصل انها ان كذبته فى الاسناد أو قالت لا أدرى فمن وقت الاقرار ، وان صدقته ففى حقها من وقت الطلاق و فى حق الله تعالى من وقت الاقرار .

٣٩/٢١١ منفلوط (١٧/٣/٤٠)　　　　م ش ١١/٨/١٢٢

□■□

(المبدأ ٧٠) : اقرار الزوج بطلاق على مال لم يثبت يقع به طلاق بائن .

حيث انه عن الدفع بالطلاق على البراءة وبالاتفاق ــ عجز المدعى عليه عن اثباته ، وحلفت المدعية على نفيه ، فيتعين رفضه . اما من حيث حق الله فالواجب النظر فيه ــ هل يقع باقراره هذا الطلاق ؟ ، وان وقع فما صفة وقوعه ؟ ، وهل يحتسب وعدته من وقت الاقرار ؟ أو من وقت اسناده اليه ؟ .

المذهب انه يقع به طلاق بائن ، لأنه اقر بطلاق ، من شأنه أن يكون بائنا ، فيعامل به ، وان لم يقدر على اثبات البدل ، لأ ن البدل فيه قائم حكما كما فى مسالة المراتين ــ فقد جاء فى شرح الدر المختار جـ ٢ نقلا عن البحر (وفى البحر عن التتارخانية ــ قال لامراتيه احداكما طالق بالف درهم والأخرى بمائة دينار فقبلتا ، طلقتا بغير شىء) وجاء فى رد المحتار عند قوله طلقتا بغير شىء تعليقا « لأنه علق طلاقهما على قبولهما ، وقد وجد ، ولم يعلم ما يلزم كل واحدة منهما ، فان لكل ان تقول لا يلزمنى ، الا الدراهم وينبغى أن يلزم لو رضى منهما بالدراهم ، واذا طلقتا بلا شىء ، كان رجعيا » ، وقال فى هامشه ردا لقوله « كان رجعيا » قال شيخنا فيه « أن هذا طلاق بمال وانما سقط المال للجهالة فيكون بائنا ، الا ترى الى قوله وينبغى أنه يلزم لو رضى منهما بالدراهم فانه حينئذ يكون الواقع به بائنا جزما ا . هـ . » ــ وقال العلامة الرافعى فى تقريره على رد المحتار فى هذا الوجه لكونه رجعيا مع كونه طلاقا بمال حقيقة وان كان بصريحه فان غايته ما يفيده التعليل ان عدم لزوم المال لعدم علم ما يلزم كل واحدة منها ا . هـ . » ــ فترى من هذا انهم جعلوا الطلاق فى مسالة المراتين المروية عن التتارخانية بائنا وان لم يجب فيه البدل ، فهكذا يجب أن يكون الطلاق فى حادثة الدعوى بائنا وان لم يثبت البدل لأن

عجزه عن اثباته لا يستلزم سقوطه حتما لجواز أن يقدر عليه بعد أن تقر هى فيلزمها فيكون قائما حكما .. وينبغى الا يتعارض اعتباره بائنا مع ما جاء به القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ من ان كل طلاق يقع رجعيا الا ما استثنى فيه لأنا نقول ان البدل فى مسألتنا قائم حكما فكان طلاقا على مال وهو من مشتملات القانون فلا تعارض .

١٦١/٣٩ ابنوب (١٥/١/٤٠) م ص ٢٠٢/١/١١

□■□

(المبدأ ٧١) : اثر البينة فى اسناد الطلاق الى تاريخ سابق .

المنصوص عليه أن المقر اذا اسند الطلاق الى تاريخ سابق ،، فاما أن تقوم على هذا الاسناد بينة ، أم لا ، فان قامت فان الطلاق من وقت ان قامت عليه البينة قولا واحدا (بحرا ومهدية) وان لم تقم ، فالمتقدمون على اعتباره من وقت اسنده اليه ـ والمتأخرون على اعتباره من وقت الاقرار سواء صدقته أو كذبته او قالت لا ادرى الا انها فى حالة التصديق لا نفقة لها ولا سكنى لقبول قولها فى حق نفسها لا فى حق الله على المفتى به » .

١٦١/٩ ٣ابنوب (١٥/١/٤٠) م ص ٢٠٢/١/١١

□■□

(المبدأ ٧٢) : اذا طلبت المطلقة الغاء وصف الطلاق المدون بالاشهاد لحصول خطأ فى ذلك فانها لا تجاب الى طلبها .

النصوص الشرعية متضافرة على انه لا يقبل قضاء ادعاء الخطأ فى ذلك جاء فى الجزء الأول من الفتاوى الخيرية ص٧٧ ما يأتى « جاء فى البزازية ظن وقوع الثلاث عليها بافتاء من ليس بأهل ، فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له ان يعود اليها فى الديانة لكن القاضى لا يصدق لقيام الصك » . وجاء فى الجزء الأول من تنقيح الحامدية ص ٢٦ ما يأتى « سئل فى رجل قال لزوجته روحى طالق وكررها ثلاثا وناويا بذلك زجرها وتخويفها وهو يحلف بالله العظيم انه قصد ذلك لا غير فهل يقع عليه بذلك واحدة رجعية ديانة حيث نواها فقط وله مراجعتها فى العدة بلا اذنها حيث لم يتقدم له عليها طلقتان اجاب لا يصدق فى ذلك قضاء لأن القاضى مأمور باتباع الظاهر والله يتولى السرائر (١) .

٢٨٥/٤٨ أسيوط (١٠/٣/٤٨) م ش ٢٦٦/٢٢

□■□

(١) راجع مادة ٣ ق ١٩٢٩/٢٥ .

(المبدأ ٧٣) : اذا لم يبن الابراء على طلب الطلاق لا تسقط النفقة شرع اوان حصل الطلاق .

النصوص الفقهية صريحة فى ان الابراء اذا لم يكن مبنيا على طلب الطلاق فلا تسقط به النفقة ، وان حصل الطلاق فقد جاء فى ابن عابدين جزء ٢ ص ٧٧٩ عند قوله (تنبيه) وقعت حادثة سئلت عنها فى امراة طلبت من زوجها الطلاق على أن تبرئه من مهرها الخ ما نصه (اقول) الصواب انه اذا لم يكن الابراء مبنيا على طلب الطلاق لم تسقط النفقة وان طلقها عقبه لأنه فى حال قيام النكاح ، وان كان مبنيا عليه سقطت وان كان حال قيام النكاح لأنه حينئذ يصير مقابلا بعوض ، ففى الذخيرة والخانية وغيرها ــ طلبت منه طلاقها (فقال) ابرئينى من كل حق لك حتى اطلقك ــ فقالت ــ ابراتك من كل حق للنساء على الأزواج فقال الزوج من فوره طلقتك واحدة وهى مدخول بها تقع بائنة لأنه طلاق بعوض وهو الابراء دلالة . وقال فى ص ٧٨٠ من الجزء المذكور ما نصه : « فقد صرح فى الخانية فانها لو ابراته مما لها عليه على ان يطلقها فان طلقتها جازت البرءة والا فلا » .

٢٩/٢١١ منفلوط ح (١٧/٣/٤٠) ت ر م ش ١٢٢/٢/١١

□■□

(المبدأ ٧٤) : اذا ادعى الزوج حصول الطلاق على البراءة فى دعوى النفقة وانكرته الزوجة كان للمحكمة توجيه اليمين الى الزوج .

اذا ادعى الزوج حصول الطلاق على البراءة فى دعوى النفقة وانكرته الزوجة كان للمحكمة توجيه اليمين الى الزوجة من تلقاء نفسها لأن هذا من حق الله تعالى لما يترتب على الطلاق على البراءة من آثار غير الآثار المترتبة على الطلاق المجرد من حل وحرمة فان الطلاق على البراءة يقع بائنا ولا تحل المطلقة لمطلقها الا بعقد ومهر جديدين ولا كذلك الطلاق المجرد فانه يكون رجعيا والزوجية قائمة حكما وله حق الاستمتاع بها كزوجة من غير عقد ومهر جديدين .

٢٩/٢١١ منفلوط (١٧/٣/٤٠) ت س م ش ١٢٢/٨/١١

□■□

(المبدأ ٧٥) : مدلول طلاق الحائل من ذوات الحيض رجعيا ثم طلاقها بائنا على الابراء .

طلاق الحائل التى من ذوات الحيض طلاقا رجعيا ثم طلاقها بائنا على

الابراء من مؤخر الصداق ونفقة العـدة يقتضى أن الزوج قد راجعها بعـد الطلاق الأول وهى فى العـدة وأعادها الى عصمته ، اذ أنه لو تركهـا بدون مراجعة حتى انقضت عدتها وبانت منه لملكت نفسها بهذه البينونة ،، ولمـا كان هناك من داع يلجئها الى افتداء نفسها منه حين الطلاق الثانى .

١٩٨٧/٣٦ الضواحى (٣٨/٨/٢) س م ش ٢٦١/١٠

□■□

(المبدأ ٧٦) : اذا وجد من المقر بالطلاق الرجعى المسـند الى تاريخ سابق ما يدل على مراجعته لمطلقته عومل به .

اذا وجد من المقر بالطلاق الرجعى المسند الى تاريخ سـابق ما يدل على مراجعته لمطلقته عومل به واعتبرت الزوجية قائمة فلا يقبل منه طلب كفها عن المطالبة بالمفروض لمضى سنة من تاريخ الاقرار .

٩٩٧/٣٦ ك س مصر (٣٧/٥/٢٠) م ش ٣٤٤/٩

□■□

(المبدأ ٧٧) : ما يصدر من الزوجة من طلاقها بتفويض لها ضمن عقد الزواج يقع بائنا .

وحيث أنه اذا فرض أن القانون فيما يتعلق بوقوع الطلاق رجعيا أو بائنا ، خاص بالطلاق الذى يقـع من الزوج ، دون ما توقعـه الزوجة يكون الطلاق الذى صـدر من المستانفة لأول مرة بائنـا بمقتضى التفويض الذى تضمنه عقد الزواج ، وطبقا للقواعد الفقهية فى وقوع الطلاق بائنا ليتحقق ملك العصمة للمشروط لهـا فى العقد ومتى بانت بالطلقـة الأولى لم يملك الزوج مراجعتها ولا يكون له حق طلبها للطاعة .

٥٧/٣١ ك س طنطا (٣٢/١/١٧) م ش ٥٤٤/٣

□■□

(المبدأ ٧٨) : انكار حصول الطلاق بعد الاقرار به فى صك رسـمى يكون غير مقبول لأن الرجوع عن الاقرار لا يقبل اجماعا .

نص الفقهاء على أن الزوج اذا أوقع الطلاق وكتبه فى الصك ، ثم ادعى الخطأ قائلا انه كان قد ظن وقوع الطلاق فاثبته فى الصك ثم تبين له عـدم الوقوع لا يقبل منه هذا قضاء ، وان كان يقبل ديانة ، فاولى من هـذا فى عدم القبول قضاء ان يوقع الطلاق ويثبتـه فى الصك ثم ينكر حصوله لأن

الرجوع عن الاقرار غير مقبول ـ وقد جاء فى الدر المختار فى اولى الفروع التى فى آخر كتاب الاقرار ما نصه « اقر بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبل ـ الا اذا اقر بالطلاق بناء على افتاء المفتى ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يفتى به ديانة » وعلق ابن عابدين على هذه العبارة بقوله ـ وفى البزازية ظن وقوع الثلاث بافتاء من ليس بأهل فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ثم افتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود اليها فى الديانة لكن القاضى لا يصدقه لقيام الصك بـ مثل هذه العبارة وردت فى تكملة رد المحتار فى الموضوع عينه آخر كتاب الاقرار وزاد فيهاـ تعليقا على قول صاحب الدر (لم يقع يفتى ديانة) ما نصه (اما اذا كان كذلك بين يدى القاضى فلا يصدقه) فاذا كان ادعاء الخطأ فى وقوع الطلاق المقر به فى الصك غير مقبول قضاء فبالأولى انكار حصول الطلاق بعد الاقرار فى صك رسمى يكون غير مقبول لأن الرجوع عن الاقرار لا يقبل اجماعا .

١٦١/٤١ ك مصر (٤٢/١٠/٤) ت س م ش ٣٥/١/١٤

□■□

(المبدا ٧٩) : تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها .

ان تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية ، ولا للنظام العام ولكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به اذا كان الزوج لم يطلق زوجته الا بناء على فعل أتته هى ما اضطره الى ذلك ، وهذا من الامور الموضوعية التى تقدرها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها .

نقض ٩/٦٧ ق (٤٠/٢/٢٩)

□■□

(المبدا ٨٠) : الطلاق البائن الصادر من المريض مرض الموت بغير رضا الزوجة ـ وفاة الزوج أثناء العدة ـ اثره ـ وقوع الطلاق وثبوت حق المطلقة فى الميراث بشرط ان تكون اهلا لارثه من وقت ابانتها الى وقت الموت.

المريض مرض الموت اذا طلق زوجته طلاقا بائنا ثم مات ومطلقته فى العدة يعتبر متى توافرت الشروط فارا من الميراث وتقوم المظنة على انه طلق زوجته طلاقا بائنا فى مرض الموت قاصدا حرمانها من حقها الذى تعلق بماله منذ حلول المرض به ، بمعنى ان الطلاق البائن ينبىء بذاته من غير دليل آخر عن هذا القصد ، فرد المشرع عليه قصده ، وذلك دون ما حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض واستكناه ما يضمره . لما كان ذلك وكان الثابت من

تقريرات الحكم المطعون فيه ان المتوفى طلق المطعون عليها طلقة مكملة لثلاث فبانت منـه وهو فى مرض موته ، وكان ذلك بغير رضـا منها ثم توفى وهى ما زالت فى عدته ، وظلت أهلا للميراث من وقت طلاقها الى وقت وفاته فان ما انتهى اليه الحكم من ثبوت ميراثها منه باعتباره فارا يتفق والمنهج الشرعى السليم .

نقض ١٥/٤٠ ق (٧٦/١/٧) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٨١) : دعوى الطلاق يترتب عليها آثار ماليـة ، المصلحة فى الطعن بالنقض ـ العبرة بتحققها وقت صدور الحكم المطعون فيـه ـ طلب الحلول من وارث الطاعنة فى دعوى الطلاق ـ تحقق المصلحة المحتملة له فى الاستمرار فى الطعن .

لئن كانت دعوى الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية ، الا انه يترتب عليها آثار مالية قد تختلف باختلاف الابقـاء على عودة الزوجية أو فصمهـا بالطلاق ـ ومن المستقر فى قضاء النقض ـ أن العبرة فى قيـام المصلحة فى الطعن بطـريق النقض هى بوجودها وقت صـدور الحكم المطعون فيـه : ولا يعتـد بانعدامها بعد ذلك . ولمـا كان لطالب الحلول ـ محل الطـاعنة المتوفاة ـ مصلحة محتملة فى الاستمرار فى الطعن المعروض تتمثل فى كونه احد ورثة الطاعنة ، وكانت هذه المصلحة متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه لوجود الطاعنة على قيد الحياة حينذاك ، فان وفاتها بعد ذلك لا تأثير لها على تحقيق هـذه المصلحة وتوافرها فى هذا الطعن ـ لما كان ذلك ـ فان طلب الحلول يكون فى محله .

نقض ٣٧/٢٠ ق (٧٣/٦/٢٧) س ٢٣/٩٨٢

□■□

(المبدأ ٨٢) : الحكم فى دعوى الطلاق بالرفض ـ القضاء بعدم جواز نظر دعوى طلاق لاحقة بين ذات الخصوم مع اختلاف تاريخ واقعة الطلاق المدعاة ـ خطأ .

اذا كان البين من الحكم المطعون فيـه أن الحكم الصـادر فى الدعوى الأولى بالرفض ـ دعوى طلاق بين ذات الخصوم ـ المؤيد اسـتئنافيا كان بشأن طلاق ادعت الطاعنة أن المطعون عليه أوقعه عليها ثلاث مرات ، الثالثة منها فى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٢ ، فى حين أن النزاع الحالى يدور حول طلاق مثبت فى اقرار منسوب صدوره الى المطعون عليـه بتطليقه للطاعنة ثلاث

طلقات أولها فى آخر يوليو سنة ١٩٦٢ والثانية فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٦٢ والثالثة فى ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٢ ، واذ اعتبر الحكم الطلقة المكملة للثلاث المحدد وقوعها فى الدعوى الأولى بآخر سبتمبر سنة ١٩٦٢ هى بعينها الطلقة الثالثة المثبت فى الاقرار صدورها بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢١ استنادا الى أن كلا من الطلقتين صدرت فى آخر ذلك الشهر ، مع أن هذين التاريخين مختلفان ، ورتب الحكم على ذلك عدم جواز نظر الدعوى الحالية لسبق الفصل فيها فى الدعوى الأولى ، فانه يكون فوق مخالفته للقانون قد شابه فساد فى الاستدلال .

٢٠/٣٧ ق (٧٣/٦/٢٧) س ٩٨٣/٢٤

□■□

طـــــلاق الـــذمى

(المبـدأ ١) افادت النصـوص الواردة فى التـوراة والانجيل صراحة حق الزوج فى تطليق زوجته دون حاجة الى الرجوع الى سلطة ما لايقـاع هذا الطلاق .

جاء فى التوراة فى الاصحـاح الرابع والعشرين من سـفر التثمنيـة ما نصـه : « اذا اخذ رجل امراة وتزوج بها فان لم تجـد نعمة فى عينيه لأنه وجد فيها عيب شيء وكتب لها كتاب طلاق ودفعه الى يدها واطلقها من بيته ذهبت وصـارت لرجل آخر . فان ابغضهـا الاخير اتخـذها له زوجة لا يقدر زوجها الأول الذى طلقها أن يعود يأخذها لتصير له زوجة بعـد أن تنجست لأن ذلك رجس لدى الـرب » ــ وجاء فى انجيـل متى من اسـفار العهد الجديد فى الاصحاح الخامس منه ما نصـه « وقيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاقه ، وأما أنا فاقول لـكم أن من طلق امراته الا لعلة الزنا يجعلها تزنى ومن يتزوج مطلقـة فانه يزنى » وجاء فى الاصحـاح التاسـع عشر من انجيل متى ايضا ما نصه « ولما اكمل يسوع هذا الكلام انتقل من الجليل وجاء الى تخوم اليهودية من عبر الأردن وتبعته جموع كثيرة فشفاهم هناك وجاء اليـه الفرنسيون ليجربوه قائلين له ــ هل يحل للرجل ان يطلق امراته لكل سبب ؟ فأجـاب وقال لهم : أما قراتم أن الذى خلق من البـدء خلقهما ذكرا وانثى .. فالذى جمعه الله لا يفـرقه انسـان ، قالـوا له : فلماذا اوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق ــ قال لهم ان موسى من اجل قساوة قلوبكم اذن لكم ان تطلقوا نسـاءكم ولكن من البـدء لم يكن هذا واقول لكم من طلق امراته الا بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزنى والذى يتزوج بمطلقـة يزنى » ــ هذه النصـوص الواردة فى التـوراة والانجيل صريحة فى اعطـاء الزوج حق تطليق زوجتـه لأى سبب فى شريعة التوارة وبسبب الزنا فقط فى شريعـة الانجيل ، وفى، الشريعتـين يملك الـزوج التطليق بنفسه دون حاجة الى الرجوع الى سلطة ما لايقاع هذا الطلاق .

١٢٩٨/٤١ ك س مصر (٤٢/١٠/٣١) م ش ٦٤/١/١٤

□■□

(المبدأ ٢) : جعل ايقاع الطلاق المرخص به عند المسيحيين من حق الرئاسة الدينية هو اجتهاد فى التشريع .

ما جرى عليـه التشريع عند المسـيحيين من جعل ايقـاع الطلاق

المرخص به من حق الرئاسة الدينية انما هو اجتهاد فى التشريع اقتضته المصلحة العامة فى نظرهم ولكنه لم ينص عليه فى أصل الكتاب .

٤١/١٢٩٨ ك س مصر (٤٢/١٠/٣١) م ش ٦٤/١/١٤

□■□

(المبدأ ٣) : لا يوجد من الطوائف المسيحية من لا تدين بالطلاق غير طائفة الكاثوليك .

لا يوجد من الطوائف المسيحية من لا تدين بالطلاق غير طائفة الكاثوليك ـ ولهذا وضع النص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ وذلك من تخصيص القضاء .

٤١/١٢٩٨ ك س مصر (٤٢/١٠/٢١) م ش ٦٤/١/١٤

□■□

(المبدأ ٤) : تثبت احكام النكاح فى حق الذميين كالمسلمين .

ان الفقة يقضى بأن أحكام النكاح تثبت فى حق الذميين ، كالمسلمين من وجوب النفقة فى النكاح ونحوها كالعدة ، فلو طلقها وامرها بلزوم بيته الى انقضاء عدتها ورفع الأمر الينا حكمنا عليها بذلك ـ وكذا لو طلبت نفقة العدة الزمناه بها ، كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من رد المحتار ص ٢٦٨ ، ٦٠٥ وقد قال الصاحبان انه يجب على زوجة الذمى الذى طلقها زوجها العدة لأن أهل الذمة التزموا بعقد الذمة احكام ديننا فتسرى عليهم ، ووافق الامام الصاحبين فى المطلقة الحامل واوجب عليها العدة حتى تضع حملها لقيام الفراش لأنه اذا لم تجب العدة جاز زواجها وبالزواج يشتبه نسب الولد فتجب العدة حفظا لحق الولد ـ وخالفهما الامام فى مطلقة الذمى غير الحامل وقال لا عدة عليها اذا كان ذلك جائزا فى دينهم لأن فى العدة معنى العبادة والقربة فلا يمكن ايجابها لحق الزوج لانه لا يعتقدها ولا لحق الله لأن الذميين غير مخاطبين بما هو عبادة أو قربه وقد أمرنا بتركهم وما يدينون .

٤١/٢٤٢٧ ك س مصر (٤٢/٨/٣١) م ش ٢٧/١٧

□■□

(المبدا ٥) : طلاق الذمى لزوجته يقع .

تقضى الشريعة الاسلامية بوقوع الطلاق من الذمى لزوجته بنحو قوله لها « انت طالق » والنص على الطلاق الثلاث والخلع فى التفريق ـ لأن الملك يزول بهما قطعا ـ اما الطلاق الرجعى فيحتمل أن الزوجين يدينان بالعدة بعده فلا يزول به الملك ولا الحل فاذا استمر الزوج فى معاشر زوجته بعده فلا مانع من هذا شرعا .

٤١/١٢٩٨ ك س مصر (٢١/١٠/٤٢) م ش ١٤/١/٦٤

□■□

(المبدا ٦) : هل طلاق الذمى يقع او ـ لا ؟

بالرجوع الى كتب الفقه نجد فيها نصوصا كثيرة تقتضى وقوع طلاق الذمى لزوجته بنحو قوله لها أنت طالق وترتب أثره عليه وسماع الدعوى به نذكر من هذه النصوص :

(أ) نص فى الدر المختار فى الجزء الثانى وكذا فى الفتح القدير جزء ٢ فى باب زواج الذمى ، وكذا فى اواخر باب العدة ، أنه اذا ترافع الينا زوجان وهما على الكفر وقد طلق الزوج زوجته وطلبت الزوجة التفريق فانه يفرق بينهما اجماعا وكذا لو خالعهما ثم عاشرها من غير عقد .

(ب) وجاء فى الأنقروية فى الجزء الأول فى زواج الكافر ما نصه « اذا طلق الذمى امرأته ثلاثا أو خالعها ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فالقاضى يفرق بينهما بالاتفاق » ومثله فى حاشية البحر فى الجزء الثالث فى باب زواج الكافر وفى الأنقروية أيضا ما نصه « ذمية طلقها زوجها او ما تعنها لا تعتد عند أبى حنيفة » .

(جـ) وفى الهندية اذا تزوج النصرانى بما لا يصلح مهرا فدخل بها أو طلقها قبل الدخول فليس لها مهرا .

(د) وجاء فى تنقيح الفتاوى الحامدية فى الجزء الأول فى باب زواج الرقيق والكافر ما يأتى : « سئل فى ذمية طلقها زوجها الذمى ثلاثا لدى بينة شرعية وطلبت التفريق بينهما فهل تجاب الى ذلك (الجواب) نعم لأنهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد » .

(هـ) ونص فى حاشية ابن عابدين على الدر ص ٣٩٧ جـ ٢ ـ ان الطلاق الثلاث قاطع لعقد الزواج فى الأديان كلها وما هو مشهور عند غير المسلمين من عدم وقوعه لعله مما غيروه .

(و) وجاء فى تنوير الأبصار (ذمية غير حامل طلقها ذمى او مات عنهـا لا تعتد عند أبى حنيفة) .

(ز) وجاء فى حاشية ابن عابدين الجزء الثانى فى باب الطلاق فى ضمن التعليق على قـول صاحب الدر (وأهله زوج عاقل بالـغ الخ) ما نصـه (وافاد انه لا يشترط كونه مسلما صحيحا طائعا جادا عامدا فيقـع طلاق العبد والسـكران بسبب محظـور والكافـر . س ٥٧٤ ... الخ) من هذه النصـوص يتبـين انه لاشك فى أن الشريعـة الاسلامية تقضى بوقوع طلاق الذمى التى نص فيها على التفريق لأن الملك زال بينهما قطعا ، أما الطلاق الرجعى فيحتمل انهما يدينان بالعدة بعده فلا يزول به الملك ولا الحل فاذا استمر يماشر زوجته بعده فلا مانع من هذا شرعا .

١٢١٨/٤١ ك س مصر (٣١/١٠/٤٢) م ش ١٤/١/٦٤

□■□

(المبدا ٧) : طلاق الذمى لزوجته يقع شرعا .

النصوص الشرعيـة الكثيرة المدونة فى كتب الفقـه متضـافرة على ان طلاق الذمى لزوجته يقع ، ويترتب عليه أثره شرعا نذكر من هذه النصوص ما نص عليه فى حاشـية ابن عابدين على الدر المختـار ص ٣٩٧ ج ٢ من أن الطلاق الثلاث قاطع لعقد الزواج فى الأديان كلها وما هو مشهور عند غير المسلمين من عدم وقوعه لعله مما غيروه ، وجاء فى فتـاوى الأنقروية ما نصه « ذمية طلقها زوجها أو مات عنها لم تعتد » وفى تنوير الأبصار « ذمية غير حامل طلقهـا او مات عنها لا تعتد عند أبى حنيفة » ـ وفى الهـداية « واذا تزوج النصرانى نصرانية على ميتة وذلك فى دينهم جائز فدخل بها وطلقهـا قبل الدخول بها فليس لها مهر » فهذه النصوص تدل على ان طلاق الذمى لزوجته يقع شرعا ويترتب عليه أثره .

١٠٧٠/٤٠ ك س (٢٢/٥/٤١) م ش ١٢/٩/٥٧

□■□

(المبدا ٨) : اختلاف الطرفين ملة وطائفة ـ جـواز التطليق بالارادة المنفردة .

متى كان الحكم قد استخلص من أوراق الدعوى وفى حـدود سلطته الموضوعية أن الزوج انضم الى طائفة الاقباط الانجيليين قبل رفع الدعوى بينما تنتمى الزوجة الى طائفة الاقباط الارثوذكس وكلاهمـا يدين بالطلاق وطبق فى شـانهما احكام الشريعـة الاسـلامية وهى تجيز للزوج ان يطلق

زوجته بارادته المنفردة ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ لا يكون قد خالف القانون او اخطأ فى تطبيقه .

نقض ٢٥/٣٣ ق (١٦/٥/٦٥) س ١٦/٦٢٨ق

□■□

(المبدأ ٩) : هل طلاق الذمى هو المعول عليه فى دينه ام هو الطلاق المعروف فى الشريعة الاسلامية ؟

ان الفقهاء لم يذكروا صراحة ، ما المراد من طلاق الذمى زوجته هل هو الطلاق الذى يعول عليه فى دينه ومعتقده ، أو هو الطلاق المعروف فى الشريعة الإسلامية ، الا انه بناء على أصل الصاحبين من انه بعقد الذمة قد التزم احكام الاسلام فيجب ان يحمل الطلاق على الطلاق المعروف فى الشريعة الاسلامية التى التزم احكامها بعقد الذمة وبناء على أصل الامام من ان الذميين غير مخاطبين بحقوق الله وأنا أمرنا بتركهم وما يدينون يجب أن يحمل الطلاق على الطلاق المعروف عندهم فى دينهم لأن الامام اذا كان يقول بعدم العدة على المطلقة (اذا كانوا يعتقدون ان لا عدة بعد الطلاق) لأنه لايمكن ايجابها لحق الرجل لعدم اعتقاده بها ولا لحق الله لأنهم غير مخاطبين بحقوق الله ، ويجب أن يكون المراد من الطلاق عنده الطلاق الذى يدينون به ويعتقدونه لأنه هو الذى يعتقدون أن الزوجة بعده تبين لا الى عدة ، اما الطلاق الذى ليس فى ديانتهم ولا يعتقدون انه طلاق فهو عندهم لغو لا يعتقدون بعده عدة ولا عدم عدة ، ويؤيد هذا أن الامام جعل الأحكام المتعلقة بهم فى بابى النكاح والزواج مبينة على ما يعتقدونه ويدينون به كما فى المبسوط والفتح والبدائع ومعتبرات الكتب فى المذهب .

٢/١٣٠ ك س بنى سويف (٢٦/١١/١٦) م ش ٣٠٤/١

□■□

(المبدأ ١٠) : مؤدى نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان لا تسمع دعوى الطلاق من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ـ اى ان يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى .

مؤدى نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق اى ان يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى اذ ان الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة

الكاثوليك . وهذا النص يؤكد قصد الشارع من انه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو ملة الا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط .

نقض ٢٩/٢٦ ق (٦٣/٢/٩) س ٣١١/١٤

□■□

(المبدأ ١١) : مفاد نصوص المواد ٦ ، ٧ من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ والمادتين ٢٨٠ ، ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعين — أن المشرع قصر تطبيق احكام الشريعة الاسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين اذا ما اختلفا طائفة او ملة .

مفاد المواد ٦ ، ٧ ق ١٩٥٥/٤٦٢ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين اذا ما اختلفا طائفة أو ملة وان استبقى المشرع المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تقضى بعدم سماع دعوى الطلاق بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق وهى طوائف الكاثوليك وذلك دفعا للحرج والمشقة . فاذا كان الثابت ومن وقائع النزاع ان الطرفين مختلفا الطائفة ويدينان بوقوع الطلاق فقد تعين تطبيق أحكام الشريعة على واقعة النزاع بينهما واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأسس قضاءه برفض دعوى الطاعن « اثبات طلاق » — على أن القواعد الموضوعية المشتركة بين ذوى الملة المختلفة هى الواجبة التطبيق وأن تلك القواعد لا تجيز الطلاق بمجرد الارادة المنفردة فان الحكم يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه .

نقض ٣٠/٧٢ ق (٦٣/٢/٦) س ٢١٨/١٤
نقض ٢١/٣ ق (٦٣/٢/٦) س ٢١٣/١٤

□■□

(المبدأ ١٢) : دعوى طلاق غير المسلمين يشترط لسماعها مشروعية مبدأ الطلاق فى ملة الزوجين .

مؤدى نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية — وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — أن دعوى الطلاق لا تسمع من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى اذ ان الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك . وهذا النص يؤكد قصد

الشارع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو لملة الا أبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به .

٣٦/٨ ق (١٩٦٨/٢/١٤) س ١٩-٢٩٣

□■□

(المبدا ١٣) : المنصوص عليه شرعا ان طلاق الذمى يقع ويترتب عليه أثره وتسمع الدعوى به وعلى المحاكم الشرعية اذا رفعت اليها خصومة بين زوجين غير مسلمين وكان من اختصاصها الفصل فيها ان تحكم بينهما طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية كنص المادة ٢٨٠ من قانون المحاكم الشرعية.

المنصوص عليه فى كتب الفقه فى نصوص كثيرة أن طلاق الذمى يقع ويترتب عليه أثره وتسمع الدعوى به ـ نذكر من هذه النصوص ما نص عليه الدر المختار فى باب زواج الكافر من انه اذا ترافع الينا زوجان وهما على الكفر وقد طلق الزوج زوجته ثلاثا وطلبت الزوجة التفريق فانه يفرق بينهما اجماعا كما لو خالعها ثم عاشرها من غير عقد ، وجاء فى الفتاوى الأنقروية فى الجزء الأول فى زواج الكافر ما نصه « اذا طلق الذمى امراته ثلاثا أو خالعها ثم أقام عليها فرافعته الى السلطات فالقاضى يفرق بينهما بالاتفاق ، وفى الأنقروية ايضا ما نصه « ذمية طلقها زوجها أو مات عنها لا تعتد ـ وفى تنوير الأبصار » « ذمية غير حامل طلقها ذمى أو مات عنها لا تعتد عند أبى حنيفة » وفى الهداية اذا تزوج النصرانى نصرانية بما لا يصلح مهرا فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها فليس لها مهر ـ وجاء فى تنقيح الفتاوى الحامدية فى الجزء الأول فى باب زواج الرقيق والكافر ما يأتى (سئل) فى ذمية طلقها زوجها الذمى ثلاثا لدى بينة شرعية وطلبت التفريق بينهما فهل تجاب الى ذلك (الجواب) نعم لأنهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك ، وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد . فهذه النصوص تدل على أن طلاق الذمى لزوجته يقع ويترتب عليه أثره شرعا والطلاق الواحد كالطلاق الثلاث فى حكم الوقوع بين أهل الذمة ـ وانما خص الطلاق الثلاث والخلع بالذكر فى النصوص التى نص فيها على التفريق لأن الملك زال بينهما ، ونحن حين نحكم بينهم بشريعتنا فاذا كان الطلاق بين الذميين وقع رجعيا بمقتضى شريعتنا واذا استمر الزوج يباشر زوجته بعد هذا الطلاق وطلبت الزوجة من القاضى التفريق بينهما فقد ثار فى هذه الحالة مسألة العدة والخلاف الحاصل بين الأئمة فى وجوبها وقد يقال بناء على القول بوجوب العدة ان الطلاق الواحد الواقع بينهما بلا مباراة هو طلاق رجعى لا يصح التفريق بين الزوجين بمقتضاه لأن المعاشرة بينهما بعده تعتبر رجعة بالفعل فلأجل هذا المعنى خص الطلاق الثلاث والخلع بالذكر فى النصوص

التى نص فيها على حكم التفريق حتى يكون النص على التفريق بينهما بعيدا عن كل خلاف ، لكن الطلاق بينهما على كل حال، يقع أيا كان وضعه ويترتب عليه أثره اجماعا .

٤٠/٣٢٨٩ ك س مصر (٤٢/١/٢٥) م ش ٨٥/٧/١٣

□■□

(المبدأ ١٤) : الأصل فى الديانة المسيحية عدم الطلاق الا للزنا .

من حيث انه بمراجعة أقوال علماء الدين المسيحى وكتبهم ، علم ان الأصل فى الديانة المسيحية عدم الطلاق الا لعلة الزنا ، ولكن ليس للرجل مطلقا أن يطلق امراته بمحض اختياره لان الطلاق حق للكنيسة التى يمثلها الرئيس الدينى الروحى ، ثم استنبط علماؤهم من نصوص كتبهم المقدسة قواعد تجيز الطلاق فى ظروف أخرى غير الزنا ، ولكن لا يجوز فى جميع الأحوال ان يحصل الطلاق الا بمعرفة الرئيس الدينى الروحى ، واذا طلق الرجل امراته كان طلاقا لاغيا ، وبمجرد حصول الطلاق من الرئيس الدينى تبين المرأة من زوجها ولا عدة عليها ويحل لها ان تتزوج غيره الا اذا كان الطلاق لعلة الزنا وهذا فى غير الحامل . اما الحامل فتعتد حتى تضع حملها (تراجع المسائل المتعلقة بالطلاق فى كتاب الأحوال الشخصية للطوائف الأرثوذكسية ومباحث الطلاق وما يترتب عليه بالمجموع الصفوى لابن العسال فى قوانين الكنيسة وكتاب العهد الجديد) .

٢٥/١٣٠ ك س بنى سويف (٢٦/١١/٢٦) م ش ٣٥٠/١

□■□

(المبدأ ١٥) : تحكم المحاكم الشرعية بسماع الطلاق والحكم به بين غير المسلمين متى كانا يدينان باصل وقوعه .

وحيث انه بالرجوع الى اقوال الطرفين والى المذكرات التى تبودلت بينهما والى القضية المضمونة والى المستندات ظهر انها طلقت من المدعى عليه بحكم صادر من محكمة المنشية الشرعية وهذا الحكم لم يطعن عليه بأى مطعن فصار نهائيا ولم تعترض المدعى عليها عليه بعد صدوره بأى اعتراض مع انه ليس مجرد اثبات اقرار بل كان حكما بعد نزاع فى ثبوت هذا الطلاق وعدمه . وبما انه لا مانع شرعا من اعتبار هذا الطلاق متى كان الطرفان يدينان به من اقوال وكيلها ومن حكم محكمة اسكندرية الابتدائية الشرعية أن الطرفين يدينان بالطلاق واذا كان كذلك فلا مانع يمنع القاضى الشرعى من الحكم به ، كما هو ثابت قانونا وشرعا وليس بلازم

ان يكون الطلاق امام جهتهم الدينيـة بل متى كانا يدينـان بالطلاق كانت المحاكم الشرعية غير ممنوعة من سماع الدعوى والحكم به ولقد كانت المحاكم الشرعية مختصـة بالفصل فى دعاوى الطـلاق بين غـير المسـلمين اطـلاقا وكان كثير من المحـاكم يحكم بالطلاق ولو لم يدينـان به اتبـاعا للراجح فى المذهب ، وكان بذلك الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق وبعض المحاكم رجح قولا لأبى حنيفة فى انه لا يقع متى كانا لا يدينان بالطلاق فجاء التشريع الحديث مرجحا لهذا القول وبناء عليه تكون المحاكم الشرعية مختصة متى كانا يدينان بأصل الطلاق اطلاقا . وحيث كان المدار على انهما يدينان بالطلاق فيكون واقعا طبقا للراجح الآن من مذهب ابى حنيفة فيكون حكم محكمة المنشية بوقوع الطلاق فى محله .

ق ٣١/١٢٩٤ كرموز (٣٢/٦/٢٣) ت س م ش ٣٢٢/٤

□■□

(المبدأ ١٦) : للمحاكم الشرعية ان تحكم بالطلاق بين الذميين طبقـا لنصوص الشريعة الاسلامية متى تحقق اختصاصها بنظر الموضـوع ـ ولا يمنع النهى الوارد فى الفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) من القانون من سـماع دعوى الطلاق متى كان الخصـمان يدينان بالطلاق (لا يوقـع نفس الطلاق المدعى به استنادا الى ان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت كالأولى) لأنهـا ليست قاعدة مطردة وقد اريد بالطلاق الأول غير ما اريد بالثانى .

ان الفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) ق ٧٨ سـنة ١٩٣١ ونصـها (ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق) ـ فسرتها محكمة اول درجة بانها تقضى بعدم سماع دعوى الطلاق الا اذا كان الزوجان يدينان بوقوع نفس الطلاق المدعى به لأن المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت عين الأولى ـ وبنت المحكمة الجزئية عـلى هذا ان دعوى المستانفة غير مسموعة لأن المتداعين لا يدينان بوقوع الطلاق المدعى به ـ وهو الطلاق الذى اوقعه المدعى ـ لكن هذا التفسير وما بنى عليه غير صحيح لما ياتى : (اولا) : لأن القاعدة التى استندت اليها محكمة اول درجة ، وهى أن المقرر لغة أن المعرفة اذا أعيـدت معـرفة كانت عين الأولى هى قاعدة اغلبية لا مطردة فهى ضابط لما هو الأكثر الغالب فقط كما نص على هذا فى كتب الأصول قال الكمال ابن الهمام فى كتاب التحرير ص ٢٢٠ جزء أول ما نصه (وضابط الأقسام أن تكر الثانى فغير الأول او عرف فعينه وهو أكثرى) قال الشارح عقب هذه العبارة تعليلا لقول الكمال (وهو اكثرى) مانصه (لأنه قد تعاد النكرة نكرة عين الأولى وتعاد النكرة معرفة غير الأولى وذكر الأمثلة فقد تعاد النكرة نكرة عين الأولى كقوله تعالى : « وهو

الذى فى السماء اله وفى الأرض اله » ـ وقد تعاد المعرفة معرفة غير الأولى كقوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين » (ثانيا) : فضلا عن ان القاعدة الأولى قاعدة اغلبية لا مطردة كما ذكرنا فقد قام الدليل على تخلفها فى موضع بحثنا ـ وان لفظ الطلاق الذى تكرر ذكره معرفا فى الفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) قد أريد باللفظ الثانى غير ما أريد بالأول وهاكم بيان ذلك : جاء فى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ تحت عنوان « طلاق غير المسلمين » ما نصه حرفا « كانت المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ من اللائحة تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من احدهما على الآخر وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر للتقاليد المتبعة فى مثلها فتبقى معلقة لا تتزوج وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها . فروى معالجة هذه الحالة عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ـ المادة (٩٩) فهذه العبارة ورد فيها لفظ الطلاق أولا فى جملة (كانت المحاكم تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته) ثم أعيد فيها لفظ الطلاق فى جملة (وكان فى ذلك حرج ومشقة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق) وواضح من صريح الجملة الأولى ان المراد بلفظ الطلاق فيها هو الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته بالطريقة المشروعة عند المسلمين كقول الزوج لزوجته انت طالق ، اما لفظ الطلاق فى الجملة الثانية فلا يمكن أن يكون مرادا به نفس المعنى السابق وهو الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته بنحو قوله لها انت طالق لأن صريح لفظ هذه الجملة الثانية يدل على وجود طوائف لا تدين بوقوع الطلاق ، وبطريق المفهوم على وجود طوائف تدين بوقوعه فيستحيل أن يكون هذا الطلاق الذى تدين به بعض الطوائف دون بعض مقصودا به الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته بنحو قوله لها انت طالق لأن هذا الطلاق كما هو معلوم للكافة لا تدين به طائفة دون اخرى ، من الطوائف ،غير الاسلامية الموجودة الآن بل كل هذه الطوائف لا تدين بوقوعه ، اذن ثبت من عبارة المذكرة التفسيرية أن لفظ الطلاق فى الجملة الأولى منها يراد به الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته بنحو قوله لها انت طالق وان لفظ الطلاق فى الجملة الثانية لا يراد به هذا الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته وانما يراد به حقيقة الطلاق وماهيته ، فيتضح من هذا أن عبارة المذكرة التفسيرية معناها أن المحاكم الشرعية كانت تحكم بوقوع الطلاق الذى يوقعه الزوج غير المسلم على زوجته بنحو قوله لها انت طالق ـ عملا بأحكام الشريعة الاسلامية ، وكان الحكم بهذا يسبب حرجا ومشقة

بالنسبة للطوائف التى لا تدين بأصل الطلاق والتى لم يشرع مبدأ الطلاق فى ملتها ـ لأن الزوجة لم تكن تستطيع الزواج من زوج آخر طبقا لأحكام ملتها لعدم مشروعية الطلاق فيها وكانت المحكمة الشرعية تحكم بابطال نفقتها بعد الحكم بالطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بأصل الطلاق اى اذا كان مبدأ الطلاق فى ذاته مشروعا فى ملتهما وكان جائزا فى ديانتهما تطليق الزوجة من زوجها بحكم يصدر من السلطة الدينية التابعين لها لأسباب تقتضى ذلك لأنه فى هذه الحالة يمكن للزوجة المحكوم بطلاقها أن تتزوج من زوج آخر طبقا لأحكام ملتها مادام مبدأ وقوع الطلاق مشروعا فيها .

ق ٤٠/١٠٧٠ ك س مصر (٤١/٥/٢٢) م ش ٥٨/٩/١٢

□■□

(المبدأ ١٧) : دعوى الطلاق ـ سماعها ـ شرطه مشروعية مبدأ الطلاق فى ملة الزوجين .

ان مؤدى نص الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ان دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق اى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى اذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك ، وهذا النص يؤكد قصد الشارع ـ من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة الا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط ، لا الطلاق المدعى به .

نقض ٣٦/٨ ق (٦٨/٢/١٤) س ٢٩٦/١٩

□■□

(المبدأ ١٨) : المقصود بالعبارة الواردة بالفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ « يدينان بوقوع الطلاق » .

التفسير الصحيح للفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) ق ٧٨ سنة ١٩٣١ هو أن سماع دعوى الطلاق مقيد بما اذاكان الزوجان يدينان بمبدأ وقوع الطلاق اى اذا كان أصل الطلاق مشروعا فى ملتهما لأسباب تقتضيه اذ فى هذه الحالة يمكن للزوجة بعد الحكم بطلاقها أن تتزوج آخر طبقا لأحكام ملتها مادام مبدأ وقوع الطلاق مشروعا فيها أما اذا كان مبدأ الطلاق غير مشروع فى ملتهما أصلا فلا تسمع دعوى الطلاق .

٤٠/١٠٧٠ ك س مصر (٤١/٥/٢٢) م ش ٦٣/٩/٦٢

(المبدأ ١٩) : لا تقبل الدعوى بالطلاق بين غير المسلمين اذا كانوا لا يدينون به ولو كانت ضمن دعوى اخرى عملا بالمادة (٩٩) من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

وحيث ان دفع الدعوى بعدم السماع عملا بالمادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ لأن المدعى يدعى طلاقا ودعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر اذا كانا لا يدينان به ، وحيث ان الدعوى تتضمن دعوى طلاق بيقين لأن المدعى لا يتوصل الى طلب الحكم بطلباته الا اذا ادعى طلاق المدعى عليها وقد ادعى ذلك بالفعل .. وقد نص ابن عابدين فى الجزء الثانى من باب نكاح الكافر على أن المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة انه لا طلاق عندهم . وحيث ان الخصمين لا يدينان بالطلاق ، وقد نصت المادة ٩٩ على عدم سماع دعوى الطلاق من غير المسلمين اذا كانوا لا يدينون به وبذلك يتعين قبول الدفع .

ق ١٠١٢/٣٠ بورسعيد (٣٢/١/٢) م ش ٥٦٣/٢

□■□

(المبدأ ٢٠) : جائز شرعا الحكم بثبوت طلاق المسيحى لزوجته المسيحية ثلاثا .

جائز شرعا الحكم بثبوت طلاق المسيحى لزوجته المسيحية ثلاثا والحكم لها عليه بنفقة لما كان قبل الطلاق وبعده .

ادعاء المدعى عليه طلاقه لزوجته ثلاثا متفرقات قبل الدخول مانع من دعواه عدم الدخول لأن الثانى لا يلحق الأول الا اذا كان الأول مسبوقا بدخول .

٢٩/٩٥٤ الجمالية (٣٠/٤/٢) م ش ٦٥٧/٢

□■□

(المبدأ ٢١) : طلاق الأرثوذكسى لزوجته الأرثوذكسية لا أثر له لأنه لا يعتقده ولا يدين به .

طلاق المسيحى الأرثوذكسى لزوجته المسيحية الأرثوذكسية لا أثر له لأنه لا يعتقده ولا يدين به فلا تترتب عليه عدة ، ولا عدم عدة ، لانتفاء الاعتقاد بذلك حسب دينه ، وتكون دعواه كيدية قصد بها الاضرار بالمدعى عليها بدون حق لأنه يعتقد انها لاتزال زوجته وان ما حصل منه ليس طلاقا يترتب عليه اى اثر حسب دينه واعتقاده الذى لا يزال مصرا عليه

والدعوى الكيدية يجب رفضها .

١٣٠/٢٥ ك س بنى سويف (٢٦/١١/٢٦) م ش ١/٢٠٥

□■□

(المبدأ ٢٢) : اذا طلق الذمى زوجته من غير معرفة الكنيسة او الرئيس الروحى او من غير رضاها وكان الزوجان لا يدينان بوقوع الطلاق ، كان الطلاق لغوا ولا تترتب عليه الحرمة بين الزوجين .

وحيث ان الدين المسيحى لهذه الطائفة (ارثوذكسى) يقضى بمنع الزوج من طلاق زوجته بغير رضاها وان الطلاق لا يكون الا لعلة الزنا او لظروف اخرى ليس منها ما قاله المدعى من قصد الخلاص من المدعية بسبب نفقتها وامتناعها عن طاعته وان المعتبر عندهم فى كل الأحوال الا يحصل الطلاق الا من الكنيسة التى يمثلها الرئيس الدينى الروحى ، ولا اعتبار للطلاق عندهم الا بهذه الصفة ، فلو طلق الذمى زوجته من غير معرفة الكنيسة او من غير معرفة الرئيس الروحى ، أو من غير رضاها ، كان الطلاق ملغيا فى اعتقاده وفى دين الزوجة وعقيدتها ، اذ لم يخوله دينه حق التمسك بوقوع الطلاق ، بل منعه منه قواعد دينه ، لأن الطلاق عندهم من الأمور الدينية ، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون فلا نتعرض لهم فى مسائل الديانات . فمتى صدر طلاق منهم على خلاف اعتقادهم بمقتضى قواعد دينهم كان باطلا ، ولا يترتب عليه الحرمة بين الزوجين ، مراعاة لحقهما أو لحق احدهما حتى لو تزوج ذمى احدى محارمه او اكثر من اربع فلا نتعرض له حتى يدينون بهذا النكاح ويعتقدونه خصوصا وقد اعترف الخصمان بسبق هذه الدعوى الى المجلس الملى المختص بالفصل فيها . ومن حيث ان المدعى قد تمسك بهذا الطلاق وقد بان مما سبق انه لا اعتبار له فى شريعة كل من الخصمين واعتقاده ولم ترض الزوجة بوقوعه ولم يكن واحدا منهما يدين به ، فكان ملغيا عندهم .

٩٠٩/٢١ شبين القناطر (٣٢/٩/١٧) م ك ٥/١٥٧

□■□

(المبدأ ٢٣) : القانون الكاثوليكى يحرم الطلاق لأى سبب .

أحكام القانون الكاثوليكى تحرم الطلاق لأى سبب ، وعدم انحلال رابطة الزوجية الا بالموت ، وهى بذلك تخالف جميع الأديان الأخرى ، وسائر المذاهب المسيحية ، ويستعاض عن الطلاق بالتفريق الجسمانى ،

رهو المباعدة بين الزوجين فراشا ومائدة وأسباب التفريق عندهم توازى اسباب التفريق عند الطوائف الأرثوذكسية حسب المبين بشرح الإمتيازات القضائية للطوائف غير الاسلامية نقلا عن مذكرة الحقانية ص ٤٤ .

٣٢/١٩٨٧ الجمالية (٣٢/٨/٢٠)   م ش ٣٦٨/٥

□■□

(المبدأ ٢٤) : القانون الكاثوليكى يحرم الطلاق لأى سبب .

أحكام القانون الكاثوليكى تحرم الطلاق وعدم انحلال رابطة الزوجية لأى سبب الا بالموت وهى بذلك تخالف جميع الأديان الأخرى وسائر المذاهب المسيحية ويستعاض عن الطلاق عندهم بالتفريق الجسمانى .

٤١/٣٤٢٧ ك س مصر (٤٢/٨/٣١)   م.ش ١٧/٧١,

□■□

(المبدأ ٢٥) : الدين المسيحى يقضى بمنع الزوج من طلاق زوجته الا لعلة الزنا او لظروف اخرى ليس منها ان يتخلص الزوج من زوجته بغير رضاها .

ان الدين المسيحى الذى يدين به الطرفان (اقباط كاثوليك) يقضى بمنع الزوج من طلاق زوجته بغير رضاها وان الطلاق لا يكون الا لعلة الزنا أو لظروف أخرى ليس منها أن يتخلص الزوج من زوجته بغير رضاها .

٤١/٣٢٧ ك س مصر (٤٢/٨/٣١)   م ش ٢٧/١٧

□■□

(المبدأ ٢٦) : تقييد شريعة الانجيل الطلاق بعلة الزنا فقط لا يحرم الزوج المسيحى من ايقاع الطلاق بنفسه لهذا السبب اذ لم ينص فى أصل الشريعة على أن لأحد ان يراقبه فى الطلاق او يطالبه بالدليل على وقوع الزنا ممن يريد طلاقها .

تقيد شريعة الانجيل لجواز الطلاق ان يكون لعلة الزنا فقط ، لا يحرم الزوج المسيحى من حق ايقاع الطلاق بنفسه لهذا السبب ولم يكن عليه فى أصل الشريعة سلطان سوى دينه وايمانه وخوفه من الله فى ان لا يطلق لغير هذا السبب ولم ينص فى أصل الشريعة على ان لأحد حقا فى ان

يراقبه أو يناقشه فى سبب الطلاق ويطالبه بالدليل على وقــوع الزنا ممن يريد طلاقها .

١٢٩٨/٤١ ك س مصر (٣١/١٠/٤٢) م ش ١٤/١/٦٤

□■□

(المبدأ ٢٧) : الطلاق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ــ حالاته .

النص فى المادة ٣٧ من مجموعة الأقبــاط الأرثوذكس الصــادرة فى ٩/٥/٣٨ على أنه « اذا عقد الزواج بغير رضاءالزوجين أو أحدهما رضــاء صادرا عن حرية واختيار فلا يجوز الطعن فيه الا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه . واذا وقع غش فى شخص أحد الزوجــين فلا يجوز الطعن فى الزواج الا من الزوج الذى وقع عليه الغش . وكذلك الحكم فيما اذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها ازيلت بسبب سوء سلوكها أو فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل » يدل على أن العيب الذى يشوب الارادة ويكون من شــأنه بطلان عقــد الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس هو وقوع غلط فى شخص المتعاقد بالنسبة لأى من الزوجين أو وقوع غلط فى صفة جوهرية بالزوجة فقط بالنسبة لصفتين بالذات هما البكارة والخلو من الحمل ، دون ما اعتداد بالصفات الجوهرية الأخرى ، انما مفاده أن اخفاء حقيقة سن أحد الزوجين فى حــالة تجــاوز الحد الأدنى الذى لا يصح الزواج قبل بلوغه عملا بالمادة ١٦ من المجمـوعة سالفة الذكر لا يترتب عليه بطلان الزواج ، ولا يغير منذلك ما تنص عليـه المادة ٣٣ منها من أنه « يثبت الزواج فى عقد يحرره الكاهن بعد حصوله على الترخيص المنصوص عليه فى المادة الســابقة ويشــتمل عقــد الزواج على البيانات الآتية : ١ــ اسم كل من الزوجين ولقبه وصناعته ومحل اقامتــه وتاريخ ميلاده من واقع شهادة الميلاد أو ما يقوم مقــامها » لأن هــذه المادة وطبقا لصريح نصها انما يقصد بها مجرد اعداد الدليل لاثبات حصول الزواج وليس من شــأن التحريف فى بعض هذه البيانات ابطال عقــد الزواج الذى تواجهه المادة ٣٧ علىما سلف بيانه .

نقض ٢/٤٥ ق (٢٨/٤/٧٦) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٢٨) : استحكام النفور بين الزوجين يجيز التطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ــ شرطه .

مفاد نص المادة ٥٧ من مجمــوعة ســنة ١٩٣٨ الخاصــة بالأحــوال

الشخصية للاقباط الأرثوذكس أن استحكام النفور بين الزوجين الذى يجيز الحكم بالتطليق ، يجب ان يكون نتيجة اساءة احد الزوجين معاشرة الآخر ، أو اخلاله بواجباته نحوه اخلالا جسيما ، بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة ، على الا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق حتى لا يستفيد من خطئه ، فاذا كان الخطأ راجعا الى كل من الزوجين واستحالت الحياة بينهما ، فانه يجوز التطليق فى هذه الحالة ايضا لتحقق ذات السبب وهو تصدع الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة ولا وجه للتحدى بأن الخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية لكنيسة الأقباط الأرثوذكس للايغومانس فيلوثائوس تقتصر فى هذه الحالة على محاولة التوفيق بين الزوجين ، ذلك أنه اذا استمر الخلاف بينهما واصبحت الحياة الزوجية مستحيلة بما لا يتحقق معه اغراض الزواج ، فلا يكون هناك محل لتطبيق ما ورد فى الخلاصة القانونية بهذا الخصوص ، بشأن تاديب الأب الروحى للزوجين حتى يتوبا وينصلح أمرهما ـ ويتعين الحكم بالتطليق .

نقض ٣٩/١٨ ق (٧٢/٥/١٠) س ٨٤٥/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٩) : شريعة الأقباط الأرثوذكس تجيز طلب التطليق اذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر .

تجيز المادة ٥٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس ، طلب الطلاق اذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر او اخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما أدى الى استحكام النفور بينهما ، وانتهى الأمر بافتراقهما ثلاث سنين متوالية على الا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق حتى لا يستفيد من خطئه .

نقض ٤٠/٤ ق (٧٢/٥/٢٤) س ١٠٠٣/٢٣

نقض ٣٨/١ ق (٧٠/٤/٢٢) س ٦٧٢/٢١

□■□

(المبدأ ٣٠) : المعتبر عند المسيحيين ان يكون الطلاق بمعرفة الكنيسة .

المعتبر عند المسيحيين فى كل الأحوال ان يكون الطلاق بمعرفة الكنيسة التى يمثلها الرئيس الدينى الروحى ولا اعتبار للطلاق عندهم الا بهذه الصفة .

٤١/٣٤٢٧ ك س مصر (٤٢/٨/٣١) ٢٧/١٧

□■□

(المبدأ ٣١) : اذا وجد اهل ذمة لا يعتقـدون ان الطلاق مزيل للملك لا يفرق بينهم وبين ازواجهن بالطلاق الثلاث او الخلع .

عللت النصوص وجوب التفريق بين الزوجين الذميين بالطلاق الثلاث او الخلع بانهم يعتقـدون أن الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقـدونه محصور العدد ـ فهل اذا انتفت هذه العلة ينتفى الحكم المعلل بهـا بمعنى انه اذا وجد اهل ذمة لا يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك لا يفرق بينهم وبين ازواجهم بالطلاق الثلاث أو الخلع والجواب عن هـذا ظاهر وهو أن انتفـاء العلة لا يترتب عليه انتفاء المعلول كما هو مقرر فى الأصـول والمنطق وادب البحث ، ولو كانت العلة منصوصة لاحتمـال أن يكون الحكم المنصـوص عليـه معللا بعـلة أخرى غير المنصوصـة نعم لا يصح تعـدية الحـكم الى محل آخر غير ما ورد فيه النص بطـريق القيـاس الا اذا وجـدت العلة المنصوص عليها فى الفرع حتى تعدى اليه حكم الأصل .

٤٠/٣٢٨٠ ك س مصر (٤٢/١/٢٥) م ش ٨٥/٧/١٣

□■□

(المبدأ ٣٢) : هل الطلاق الذى يوقعه الذمى على زوجته الذمية بدون توسط الكنيسة او الرئيس الروحى وكانا يدينـان باصل وقوعه ـ هل هو واقع ومعتبر شرعا ام لا ؟

الثابت فى الشريعـة الاسلامية والشريعة المسيحية أن طـلاق الذمى لزوجته الذمية فى مثل هـذه الحالة واقع ومعتبر شرعا ، وان للمسـيحى أن يتولى ايقـاع الطلاق بنفسه على زوجته المسيحيـة بدون حاجة الى توسـيط الكنيسـة أو تدخل الرئيس الروحى وان ما جرى عليه التشريع المسيحى بعد ذلك من جعل ايقـاع الطلاق المرخص به من حق الرياسـة الدينية انما هو اجتهاد منهم فى التشريع ولكن لم ينص عليه فى أصل الكتـاب ، والأدلة على ذلك كثيرة متضافرة ، ففى الأنقروية « اذا طلق الذمى امراته ثلاثا أو خالعها ثم اقام عليها فدافعته الى السـلطان فالقاضى يفرق بينهما بالاتفاق » .

٤٦/١٥٢ اسيوط (٤٧/١/٩) م ش ٣٦٦/٢١

□■□

(المبدأ ٣٣) : معنى التفريق الجسمانى .

التفريق الجسمانى هو المباعدة بين الزوجين فراشا ومائدة ـ واسباب التفريق عند الكاثوليك توازى أسباب التفريق عنـد الطوائف الارثوذكسية

حسب المبين بشرح الامتيــازات القضائية للطوائف غير الاســلامية نقلا عن مذكرة وزارة العلال ص ٤٤ .

٣٤٢٧/س ك مصر (٤٢/٨/٣١) م ش ٢٧/١٧

□■□

(المبدا ٣٤) : اقرار الزوج بوقوع الطــلاق ــ معــاملته به ــ وجوب اختلاف الزوجين طائفة وملة قبل رفع الدعوى .

اقرار الزوج غير المسلم بوقوع الطلاق فى تاريخ معين ومعاملته باقراره لا يتأتى الا بعد ثبوت اختلاف الزوجين طائفة وملة قبل رفع الدعوى .

نقض ٢٢/٣٠ ق (٦٤/١/١٥) س ١٥/٨٣

□■□

(المبدا ٣٥) : صدور حكم بالتطليق من المجلس الملى الابتدائى لطائفة الأرمن الارثوذكس ــ مؤدى القضاء بعدم قبول استئناف شــكلا ــ صيرورته نهائيا ــ لا يغير من ذلك عدم شهره وعدم تصديق الرئيس الدينى عليه .

متى كان الحكم الصادر بالتطليق من المجلس الملى الابتدائى لطــائفة الأرمن الأرثوذكس قد قضى بعــدم قبول استئنافه شكلا فانه يصبح حكمــا نهائيا ولا يغير من ذلك القول بأنه لم يشهر ولم يصدق عليه الرئيس الدينى لطائفة الأرمن الأرثوذكس ، اذ لا يشترط لتنفيذ حكم الطلاق تصديق الرئيس الدينى عليه بل يكتفى بالتأشير به فى سجل الزواج بعد صدوره .

نقض ٢٥/١٥ ق (٥٦/٦/٢٦) س ٧/٤٧٧

□■□

(المبدا ٣٦) : حق الزوج تطليق زوجته للريبة طبقا للشريعةالموسوية لطائفــة القرائين المقصود بما يشترط للريبة المبررة للطلاق ــ تقــدير مبرر الطلاق موضوعى .

للزوج ــ طبقا للشريعة الموسوية لطائفة القرائين ــ ان يطلق زوجته اذا ما عرضت نفسها للابتذال فى الطرق والأسواق والمجتمعــات أو خالطت غير أهل الحشمة والوفاء أو اتت أمرا مريبا ، وتقدير ذلك مرجعــه الى محكمة الموضوع ــ اما ما قال به بعض الفقهاء الاسرائيليين من انه يشترط فى الريبة المبررة للطلاق ان يصــدق الزوج ما يبلغه من ريبة عن زوجتــه وان يكون

التصديق خلقا له عادة فالمقصود به أن يكون الزوج مصدقا لما بلغه عن زوجته وان اتهامه لها بالريبة لم يكن تجنيا •

نقض ١٥/٢٥ ق (١٠/١/٥٧) س ٨/٦٠

□■□

(المبدأ ٣٧) : الحكم بتطليق الزوجة للريبة طبقاً للشريعة الموسوية الطائفة القرائين احالة الدعوى الى التحقيق للتثبت من اهلية المطلقة لحضانة ولدها ـ لا تعارض مع ما استخلصته المحكمة من مبرر للطلاق •

اذا كان الحكم القاضي بتطليق الزوج من زوجته للريبة طبقا للشريعة الموسوية لطائفة القرائين قد أحال الدعوى الى التحقيق للتثبت من أهلية المطلقة للحضانة فان احالة الدعوى الى التحقيق لا يتعارض مع ما انتهت اليه المحكمة من قيام مبرر الطلاق اذ أن الام لا تحرم من حضانة ولدها الا اذا كانت لا تؤتمن على أخلاقه ونفسه بسبب اعوجاج سلوكها وهو ما أرادت المحكمة تحقيقه •

نقض ١٥/٢٥ ق (١٠/١/٥٧) س ٨/٦٠

□■□

(المبدأ ٣٨) : حق ازوج الاسرائيلى فى تطليق زوجته اذا ظهر له أنها ليست بكرا مع ردحقوقها المالية المنصوص عليها فى العقد بعد خصم المهر •

للزوج الاسرائيلى أن يطلق زوجته اذا ظهر له انها ليست بكرا وان يرد لها حقوقها المالية المنصوص عليها فى العقد بعد خصم المهر طبقا لما نصت عليه المادة ١٥٢ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين •

نقض ٣/٢٦ ق (٢٧/٦/٥٧) س ٨/٦٥٣

□■□

(المبدأ ٣٩) : قيام الخصومة بين الزوجين على تصفية الحقوق المالية لكل منهما قبل الآخر اعتبار المهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق •

متى كانت الخصومة بين الزوجين الاسرائيليين تقوم على تصفية الحقوق المالية التى لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانفصام عرى الزوجية بينهما فان المهر والمطالبة برده أو خصمه وهو مما تتناوله هذه الحقوق وهو يندرج فى عموم دفع الزوج للدعوى • فاذا كان الحكم قد قضى بخصم المهر مما قضى به

للزوجة فانه لا محل للاعتداد بما تقول به الزوجة من ان الزوج لم يطالب برده وان القضاء به قضاء فى أمر لم يكن مطروحا فى الخصومة .

نقض ٢٦/٣ ق (٥٧/٦/٢٧) س ٨/٥٠٢

□■□

(المبدا ٤٠) : استخلاص الحكم القواعد التى تقوم عليها الحقوق المالية لكل من الزوجين قبل الآخر ــ جواز استناده فى ذلك الى فتوى بيت الدين ومصادرها من الشريعة الموسوية .

متى كان الحكم قد استخلص القواعد التى تقوم عليها الحقوق المالية لكل من الزوجين الاسرئيليين قبل الآخر مستندا فى ذلك الى فتوى بيت الدين ومصادرها من الشريعة الموسوية ــ والتى لم يعترض بإعتراض ما ، ثم انتهى من ذلك الى تطبيق تلك القواعد على واقعة الدعوى تطبيقا صحيحا يتفق وحكم القانون فانه ليس فى ذلك ما يعاب عليه .

نقض ٢٦/٣ ق (٥٧/٦/٢٧) س ٨/٥٠٤

□■□

ع

عتـــة

عـــدة

عـــرف

عتــــه

(لمبدأ ١) : العته معدم لارادة من يصاب به .

العته يعدم ارادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته . ولذا لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القـانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هى الحال بالنسبة الى المحجور عليه للسفـه اذا ما اريد ابطال تصرفاته السـابقة على قرار الحجر عليـه ، كمـا أن هـذا انبطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى ، وانما لثبوت حالة العته المعدم لاردة المعتوه وقت صـدور التصرف منه ـ والمحكمـة اذ تتصدى لبحث حالة العته انما تبحث فى ركن من أركان التعاقد هو الرضا الصحيح الصادر عنه ارادة حقه ، وهذا أمر يدخل فى صميم اختصاصها.

نقض ١٨/٥٣ ق (٢٩/١٢/٤٩)

□■□

(لمبدأ ٢) : بطلان تصرف المعتوه قبل تسجيل قرر الحجر ـ شرطه.

المادة ١١٤ مدنى جاءت بحكم جديد لم يكن مقررا فى القانون السابق اذ أوجبت لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة وان يكون التصرف اليه على بينة منها .

نقض ١٩/١٩٠ ق (١٢/١١/٥١)

□■□

(المبدأ ٣) : العته كالجنون ـ عوارض الأهلية ـ كلاهما آفة تعيب العقل وتنقص من كماله ـ المرجع فى ذلك هو اهل الخبرة المتخصصين فى الآفات العقليـة ، وشواهد الحـال استخلاص قاضى الموضوع أن المطلوب الحجر علبل مصاب بالعته .

العته وان كان يشترك مع الجنون فى انه من عوارض الأهليـة المؤثرة فى العقل ، فكلاهما آفة تعيبـه وتنقص من كمـاله ، الا ان المرجع فى ذلك وعلى ما أوردته المـذكرة الايضـاحية للمرسوم بقـانون رقم ١٩٥٢/١١٩ الخاص بأحكام الولاية على المال ، هو خبرة المتخصصين فى الآفات العقليـة وشواهد الحال . ولئن لم يجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف محدد للعتـه ، وكان المقرر فى قضاء النقض ـ أن الطبيب ليس هـو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها فى المطلوب الحجر عليه ، بل

الشأن فى ذلك لقاضي الموضوع فى ضوء ما يبديه الطبيب ، الا أن ما يعنى محكمة الولاية على المال وهى بسبيل طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الأهلية يستوجبه ، وفى حالة نسبة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا تخضع فى قضائها لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا .

نقض ٢٧/٤٤ ق (٢١/٤/٧٦) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٤) : لا ينسحب اثر الحجر على ما ثبت بذمة المحجور عليه للعته قبل حصول الحجر ، فلا يقبل من القيم الاستشكال فى التنفيذ بحكم النفقة الصادر قبل الحجر بدعوى صدوره غيابيا على موكله الذى قرر المجلس الحسبى بعده انه معتوه لا يعى شيئا .

قرار الحجر يعتبر مستندا الى تاريخ صدوره وفق الراجح فى المذهب، فلا ينسحب اثره الى ما ثبت فى ذمته قبل الحجر ـ وما اتخذ من اجراءات للحصول على متجمد مقرر على أن قيمه لم يعارض فى ورود التنفيذ بذلك المتجمد على مال المحجور عليه كما يتبين من اغفاله ذلك فى أوجه اشكاله وللمستشكل ضدها استيفاء ما تجمد بمقتضى الحكم من مال محجوره وعليه بصفته اداؤه لها من ذلك المال الذى تحت يده كنائب عنه وولى مال ، وما مثل القيم فى ذلك لا مثل الحارس القضائى فعليه أن يقوم بسداد ما على المدين من ديون ثبتت بطريقه من ماله .

١٥٦٠/٣٥ الجيزة (٢٢/٧/٣٦) م ش ٧/٨٧٩

□■□

(المبدأ ٥) : العته لا يثبت الا بحجة .

العته لا يثبت الا بحجة تامة ويثبت من حين الحكم به فقبل القضاء به تكون تصرفات المعتوه صحيحة نافذة وبعد القضاء به تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضر متوقفة على الاجازة .

١٠٧٤/٣٣ الجمالية (١٨/٩/٣٤) ت س م ش ٩/٣٥٥

□■□

(المبدأ ٦) : مباشرة المعتوه عقد نكاحه .

اذا باشر المعتوه عقد نكاحه (وهو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر) فلم يرد وليه هذا العقد كان ذلك اجازة منه لأن الاجازة كما تكون بالقول تكون بالدلالة .

٣٣/١٠٧٤ الجمالية (٣٤/٩/١٨) م ش ٩/٣٥٤

□■□

(المبدأ ٧) : المعتوه كالصغير المميز .

المعتوه كالصغير المميز فيخاصم عنه الأب ثم وصيه ، ثم الجد ثم وصية (راجع المادة الاولى من القانون ١١٩/١٩٥٢) ثم وصى القاضى . ولوليه المخاصمة عنه كالقيم .

٣٣/١٠٧٤ الجمالية (٣٤/٩/١٨) ت س م س ٩/٣٥٤

□■□

(المبدأ ٨) عقد الزواج الذى يباشره المعتوه يكون موقوفا على اجازة الولى .

نص الفقهاء على ان عقد الصبى والمعتوه الدائر بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولى فقد قال العلامة شهاب الدين أحمد الشلبى فى حاشيته على الزيلعى فى باب الحجر ما يأتى : (قال الاتقانى رحمه الله ان ما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستئجار والرهن والارتهان والاقتراض والاستقراض فانه يقف على اجازة الولى اذا تصرف الصبى العاقل او المعتوه) ولا شك ان عقد الزواج من العقود الدائرة بين النفع والضرر فيكون موقوفا على اجازة الولى .

٤٦/٨٩ الوايلى (٤٧/٣/١٦) ت س م ش ٩/٢٠٥

□■□

(المبدأ ٩) : المحجور عليه لضعف قواه العقلية يعتبر محجورا عليه للعته .

جاء فى الزيلعى وفى الفتاوى الهندية فى كتاب الحجر عند الكلام على المعتوه ، واختلفوا فى تفسيره اختلافا كثيرا واحسن ما قيل فيه ـ هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون .

٤٦/٨٩ الوايلى (٤٧/٣/١٦) ت س م ش ٩/٣٣٥

□■□

(المبدأ ١٠) : المعتوه كالصغير يتولى الانفاق عليه من هو فى يده .

المعتوه كالصغير يتولى الانفاق عليه من هو فى يده ـ ويكون ذو صفة فى المخاصمة عنه للحصول على نفقة .

٤٠/١٠١٦ السنبلاوين (٤٠/١١/٢٩) ت س م ش ١٤/٢٦٨

(المبدأ ١١) : المعتوه هو قليل الفهم مختلط الكلام ، وليس معناه انه لا يفهم شيئا اصلا او لا يتكلم كلاما صحيحا مطلقا .

ان قولهم فى تعريف المعتوه انه قليل الفهم مختلط الكلام ليس معناه أن يكون لا يفهم شيئا مطلقا أو أن يكون لا يتكلم صحيحا مطلقا ، بل معناه أن يكون من شأنه ما ذكروه ولو فهم فى بعض الأحيان أو تكلم كلاما بعضه صحيح .

د٢٣٥/٣٩ ك مصر (٤١/٢/١٢) م ش ١٩٨/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٢) : المحجور عليه للعته كالصبى العاقل فى تصرفاته وفى رفع التكليف عنه .

نص الفقهاء على أن المعتوه فى تصرفاته كالصبى العاقل ــ قال الزيلعى فى كتاب الحجر جزء ٥ ص ١٩١ (المعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته وفى رفع التكليف عنه) .

٤٦/٨٩ الوايلى (٤٧/٣١/٦) ت س م ش ٢٣٥/١٩

□■□

(المبدأ ١٣) : للقيم فى الخصومة بنفقة الصغير على ابيه المشمول بقوامته اعتباران متميزان ــ احدهما يرجع الى ذات المحجور عليه وهو كونه نائبا عنه ممثلا له فى الخصومة ، والثانى يرجع الى ذاته الشخصية وهو كونه صاحب اليد على مال المحجور عليه بحكم القوامة ، واذا طلب امره باداء النفقة كان الاعتبار الثانى هو المقصود فى الخصومة والقيم بهذا الاعتبار غير الأب ــ فيكون الحكم بالنفقة ابتدائيا وان قل المحكوم به .

حيث أن للقيم فى الخصومة اعتبارين مميزين أحدهما يرجع الى ذات المحجور عليه وهو كونه نائبا عنه ممثلا لشخصه فى الخصومة ، والثانى يرجع الى ذاته الشخصية وهو كونه صاحب اليد على مال المحجور عليه بحكم القيامة ، القيم فى هذه الدعوى لم يخاصم بالاعتبار الأول فقط حتى يسوغ القول بأنها نفقة للصغير على ابيه لم تتجاوز النصاب فيكون القرار نهائيا وان خوصم بمراعاة الاعتبارين معا ، والثانى وهو ما يرجع الى شخص القيم هو المقصود بالحكم والقيم بهذا الاعتبار غير الأب فالقرار ابتدائى بالنسبة للمطلوب لكل من البنتين وان قل ، ولا حاجة مع ذلك للبحث فى أن المطلوب لنفقة الصغير عن المدة السابقة على قيد الدعوى يزيد عن النصاب النهائى فيجعل القرار بالنسبة لها ابتدائيا .

٣٢/١٥٠٧ ك س مصر (٣٣/٨/١٤) م ش ٣٤٣/٥

□■□

عـدة (١)

. . . .
. . . .
. . . .

---

(١) العدة هى انتظار مدة معلومة يلزم المراة بعد زوال النكاح او شبهة المتأكد بالدخول او الموت .

العدة شرعا تربص يلزم المراة او رجل عند وجود سببه ــ ويقول ابن عابدين فى رد المحتار تعليقا على « تربص » اي انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقة الترك للتزوج والزينة اللازمة شرعا فى مدة معينة شرعا وقالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة ــ وذكر تعريف البدائع بانها اجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح .

سبب وجود العدة عقد النكاح المتأكد بالتسليم وما جرى مجراه ــ من موت او خلوة صحيحة ، ويقول فى رد المحتار تعليقا على « عقد النكاح » اى ولو كان فاسدا ــ و « بالتسليم » اى بالوطء ، « وما جرى مجراه » ــ وهذا خاص بالنكاح الصحيح ، اما الفاسد فلا تجب فيه العدة الا بالوطء ركنها حرمات ثابتة بها كحرمة تزوج وخروج وصحة الطلاق فيها اى فى العدة .

حكمها حرمة نكاح اختها .

انواع العدة ــ حيض ، واشهر ، ووضع حمل .

(راجع ابن عابدين جزء ٢ .....) .

ابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة ــ فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت العدة فقد انقضت عدتها .

العدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطىء على ترك وطئها .

اربع نساء لا عدة عليهن : المطلقة قبل الدخول والحربية دخلت دارنا بأمان تركت زوجها فى دار الحرب والأختان تزوجهما فى عقد واحد فيفسخ بينهما والجمع بين اربع نسوة فيفسخ بينهن .

لو كان النكاح فاسدا ففرق القاضي ــ ان فرق بعد الدخول كان عليها الاعتداد من وقت التفريق وكذا لو كانت الفرقة بغير قضاء .

(راجع الفتاوى الهندية جزء اول باب العدة) .

(المبدأ ١) : الحكمة في وجوب العدة على المطلقة في الظهار حرمة النكاح لا تحقق براءة الرحم لأنها تتحقق بمجرد ظهور الحيض (١) مرة واحدة ، فلا تعتبر المطلقة بتقرير الطبيب الشرعي خلوها من الحمل في حكم المقرة بانقضاء عدتها تقييداً بالنص الوارد في كتاب الله في عدة المطلقة .

---

(١) تعريف الحيض : هو دم يخرج من قبل المرأة ، حال صحتها من سبب ولادة او افتضاض ، ووقته من بلوغ الانثى تسع سنين الى سن اليأس على تفصيل في المذاهب ـ فاذا رأت الدم قبل بلوغ تسع سنين او رأته بعد سن اليأس لا يكون دم حيض بل هو دم فساد . وقال الحنفية « اذا خرج الدم من بنت تسع سنين كان حيضاً على المختار ، فاذا رأته تركت الصوم والصلاة ويستمر وقته الى اليأس » وهو أن تبلغ خمساً وخمسين سنة على المختار ـ فاذا رأت دما بعدها ، لايكون حيضا .. الا اذا رأت بعد اليأس دما قويا أسود أو احمر قانيا فانه يعتبر حيضا حينئذ .

وشروطه : ان يكون على لون من الوان الدم وهي الحمرة والصفرة والكدرة (التوسط بين لون السواد والبياض) فلو رأت بياضا خالصاً ، لا يكون حيضا .. وان يكون الرحم خاليا من الحمل .. فما تراه الحامل من الدم يكون دم فساد وان يتقدمه اقل مدة الطهر ، وان يبلغ نصاب الحيض .

وقال الأحناف والشافعية «ان الوان دم للحيض هي السواد والحمرة والصفرة والكدرة والتربية) نسبة للترب بمعنى التراب ، اى يكون على لون التراب) ... الا ان الحنفية زادوا على هذه الأوان الخضرة واستبدل الشافعية بالتربة الشقرة .

مدة الحيض ... : اقل مدة الحيض يوم وليلة ، وأكثره خمسة عشر يوما ، وغالبه ستة أيام أو سبعة ، وما نقص من اقل مدة الحيض او زاد على أكثرها فهو استحاضة .

وقال الحنفية « ان اقل مدة الحيض ثلاثة ايام وثلاث ليال واكثرها عشرة أيام ولياليها ، فان كانت معتادة وزادت على عادتها فيما دون العشرة كان الزائد حيضا ـ فلو كانت عادتها ثلاثة أيام مثلا ، ثم رأت الدم اربعة أيام ، انتقلت عادتها الى الأربعة واعتبر الرابع حيضا .. فان العادة تثبت ولو بمرة ، وان كانت عادتها اربعة ثم رأت خمسة ، انتقلت العادة الى الخمسة وكان الخامس حيضا .. وهكذا الى العشرة فاذا جاوزت العشرة كانت مستحاضة فلا يعتبر الزائد على العشرة حيضا ـ بل ترد الى عادتها ، واقل مدة الطهر خمسة عشر يوما ، ولا حد لأكثره .

ظاهر من الأوراق ان المدعية من ذوات الحيض فتنقضى عـدتها بثلاث حيض كـوامل من تاريخ الطلاق وقد ورد تحـديد هـذا الأجل فى كتاب الله (المطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وقد ورد هذا النص غير معلل بعلة يدور معها الحكم وجودا وعدما فوجب التقيد به مطلقـا بدون تقييد على ان الحكمة التى ذكرها الفقهاء للعدة ليست تعـرف براءة الرحم فحسب لأن التحقق من خلو المطلقة من الحمل يكفى فيه حيضة واحدة فقط ، بل لذلك

=

والنقاء من الدم فى ايام الحيض يعتبر حيضا ... فلو رات يوما دما، ويوما نقاء (بحيث لو وضعت قطنا لم تتلوث) ويوما بعـد ذلك دما وهكذا فى الحيض تعتبر حائضا فى الكل .

(ب) النفاس : هو دم يخرج للولادة من القبل ــ فلو شق بطنها،وخرج منه الولد لا تكون نفساء وان انقضت به العدة .

وقال الحنفية ان الدم الذى يخرج عنـد خروج اكثر الولد ، هو دم نفاس كالدم الذى يخرج عقب خروجه ، اما الدم الذى يخرج بخروج اقل الولد او قبله ، فهو دم فساد ، ولا يعتبر نفساء .

ولا حد لأقل النفاس فيتحقق بلحظة ، فاذا ولدت وانقطع دمها عقب الولادة او ولدت بلا دم انقضى نفاسها ووجب عليها ما يجب على الطاهرات، اما اكثر مدة النفاس فهى اربعون يوما .

(جـ) الاستحاضة :

هى سيلان الدم فى غير وقت الحيض والنفاس من ادنى الرحم ، فكل ما زاد على اكثر مدة الحيض او النفاس او نقص عن اقله ، او سـال قبل سن الحيض (وهو تسع سنين) فهو استحاضة .

وقال الأحناف ان المستحاضة اما ان تكون مبتداة (وهى التى كانت فى اول حيضها او نفاسها) ثم استمر بها الدم ، واما ان تكون معتادة (وهى التى سبق منها دم وطهر صحيحان) واما ان تكون متحيرة (وهى المعتادة التى استمر بها الدم ، ونسيت عادتها) فاما المبتداة فانه اذا استمر بهـا الدم فيقدر حيضها بعشرة ايام ، وطهرها بعشرين يوما فى كل شهر ، ويقدر نفاسها باربعين يوما ، وطهرها بعشرين يوما ، ثم يقـدر حيضها بعـد ذلك بعشرة ايام ، وهكذا .

واما المعتـادة التى لم تنس عادتهـا فانها ترد الى عادتهـا فى الطهر والحيض ، الا اذا كانت عادة طهرها ستة اشهر فانها ترد اليها مع انتقـاص ساعة منها ــ بالنسبة لانقضاء العدة ، واما بالنسبة لغير العدة ، فترد الى عادتها كما هى .

(راجع كتاب الشعب فى الفقه على المذاهب الأربعة) .

حكمة اخرى نص عليها فى جميع كتب المذهب وهى اظهار حرمة النكاح وعظم خطره بامتداد آثاره ولذلك وجبت على الصغيرة التى تصل الى سن المراهقة مع انه من المقطوع به انها لا تحمل فى هذه السن ، أما ما ذكرته المحكمة من أن ما قرره الطبيب الشرعى من عدم وجود حمل بها يقوم مقام اقرارها بانقضاء العدة فلا اعتبار له لعدم استناده الى سبب مفهوم .

٣٥/٣٤٦٧ ك س مصر (٣٦/١٢/٣) م ش ٢٤٩/٧/٨

□■□

(المبدأ ٢) : العدة حق الشرع والولد .

العدة حق الشرع والولد ، أما كونها حق الشرع فلأن الزوجين لايملكان اسقاطها وأما كونها حق الولد فلحديث (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره (والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه وانه على اطلاقه ظاهر المذهب .

٣٨/١٣٨٣ كفر الزيات (٤٠/٢/٢٣) ت س م ش ٥١/٨

□■□

(المبدأ ٣) : العدة حق الشر والولد .

العدة حق الشرع والولد - اما كونها حق الشرع فلأن الزوجين لا يملكان اسقاطها وأما كونها حق الولد فالحديث (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماءه زرع غيره) .

٩٥٢/١٩٨٤ السيدة (٣٥/٦/٢٤) م ش ٩٣/٢٤

□■□

(المبدأ ٤) : العدة تجب حقا لله تعالى فالصلح على اسقاطها غير جائز بخلاف الدعوى فى الحدود وان وجبت حقا لله لأن الستر فى الأخيرة مندوب ومدعيها مكلف اغفالها بطريق الندب .

معلوم أن المقرر فقها أن العدة مما لا تسقط بالاسقاط لأنها تجب حقا لله تعالى وحقا للزوج - جاء فى كتاب كتابة المتخصصين لصاحب الفضيلة الأستاذ محمد فرج السنهورى (فليس للزوج ابطال العدة عن زوجته وان أسقطها وأباح لها التزوج بغيره حال قيامها لا تسقط - ولا يحل لها التزوج لأن فى اسقاط حقه اسقاط لحق الله وهو لا يملكه) .

٥٣/٦٠ ك س المنيا (٣٥/٦/٢٤) م ش ٩٢/٢٤

(المبدا ٥) : نص الفقهاء على ان الاصل فى العدة الحيض وجعلت الأشهر بدلا عنه عند عدمه .

نص الفقهاء على ان اليائس التى اعتدت بالأشهر اذا رات الدم على جارى عادتها او حبلت بعد زواجها من آخر بطلت عدتها ، وفسد نكاحها ، واستأنفت عدتها بالحيض لأنه فى الأصل فى العدة ، اذ به تعرف براءة الرحم وبعودة دم الحيض اليها بعد اياسها تبين انها كاذبة فى انها يائس فبطل اياسها وظهر انه لم يكن خلفا لأن شرط خلفية الاعتداد بالأشهر تحقق اليأس وهو لا يتحقق الا باستدامة العجز الى حين الوفاة فاذا ظهر عليها دم الحيض بعد اليأس ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة به ، وقد اطلقوا انقضاء العدة بالأشهر واستئنافها بالحيض فشمل القول بتحديد مدة للاياس وعدم تحديدها ، وقد اختلفت الروايات فى ذلك ، ففى رواية انه لا تحديد فيه بسن وان الاياس هو بلوغ المراة سنا لا تحيض فيها مثلها ، فاذا بلغت هذه السن وانقطع عنها الدم حكم باياسها ، فان رات دم الحيض بعد ذلك بطل اعتدادها بالأشهر وظهر فساد نكاحها بغيره ــ وفى رواية الحسن وعليها اكثر المشايخ انه قدر بخمس وخمسين سنة وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة وتعتد فاذا رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا وهذا يدل على انه لا يحتاج الى حكم القاضى بالاياس ــ كما ان العبارة القائلة اذا بلغت السن المقررة وانقطع حيضها حكم باياسها فان رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا تقتضى انه عند بلوغها السن المقررة مع الانقطاع يحكم باياسها وبعضها قال انه يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح لأن الحكم باليأس بخمس وخمسين سنة اذا لم ترى الدم اجتهادى والدم حيض بنص الآية الكريمة فاذا راته فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل قال صاحب فتح القدير وفى بعض العبارات ما يفيد عدم الانتقاض اذا حكم القاضى بالاياس والانتقاض اذا لم يحكم به ففى العجوز الكبيرة اذا رات الدم مدة الحيض فهو حيض ما لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهى ابنة سبعين سنة او نحوه فرات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا (الجزء الثالث من ابن عابدين والجزء الثالث من الهداية وفتح القدير) . وانه ظاهر من النصوص المتقدمة التى سبقت فى حكم المعتدة الآيسة ان سن اليأس ليس لها مدة مقررة فى احدى الروايات وان اليائس متى بلغت سنا لا تحيض مثلها فيها وانقطع عنها الدم وحكم باياسها ثم رات دم الحيض بطل اعتدادها بالأشهر واستأنفت عدتها بالحيض وفسد نكاحها من الزوج الثانى وان تقدير سن اليأس على الرواية الأخرى اجتهادى والدم حيض بنص الآية الكريمة فاذا راته بعد ذلك فقد وجد النص والاجتهاد فى مقابلة النص غير جائز فيبطل بالاياس .

١٤/٤٨ العليا (٥٠/٥/١٧) م ش ٢٠١/٢٤

(المبدأ ٦) : انقضاء عدة الزوجة بالقرءة القول قولها بيمنها .

المقرر فى فقه الأحناف الواجب العمل به طبقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ان انقضاء المدة بالقروء لا يعلم الا من جهة الزوجة ، وقد ائتمنها الشرع على الاخبار به ، فالقول فيه قولها بيميسها متى كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك .

النص فى المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض احكام الاحوال الشخصية على انه .. لا تسمع عند الانكار دعوى الارث بسبب الزوجة لمطلقة توفى زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق يدل على أن المشرع قد جعل من مدة السنة التالية للطلاق حدا تصدق فيه المطلقة التى توفى عنها زوجها فيما تدعيه من عدم انقضاء عدتها . فاذا كانت المطعون عليها قد طلقت رجعيا من زوجها قبل وفاته باقل من سنة وانكرت رؤيتها ثلاث حيضات كوامل حتى وفاته وحلفت اليمين على ذلك ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى باحقيتها للميراث يكون قد أصاب صحيح القانون .

نقض ٤٩/٨ ق   س ٣١ ص ١٠٤٧ ح ١

□■□

(المبدأ ٧) : العدة ثلاثة اشهر للائى لم يحضن واليائسات من الحيض وثلاث حيض لذوات الحيض ولذوات الأحمال ان يضعن حملهن والمتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرة ايام .

المقرر فقها أن العدة شرعت بثلاثة اشهر للائى لم يحضن ، واليائسات من الحيض ، وبثلاث حيض كوامل لذوات الحيض ، ولذوات الأحمال ان يضعن حملهن ، وللمتوفى عنهن الأزواج اربعة أشهر وعشرة ايام .

٥١/٣٩١ السيدة (٥٢/١/٢٨)   م ش ٢٤٨/٢٤

□■□

(المبدأ ٨) : المعتدة التى ترى الدم تكون عدتها بالحيض حتى ولو بلغت سن اليأس مادامت تراه كعادتها والقول قولها فى ذلك .

المنصوص عليه شرعا أن من بلغت سن اليأس ورأت الدم كعادتها لا تعتبر يائسا فلا تنقضى عدتها بالأشهر التى شرطها الفقهاء بل تكون عدتها برؤيتها الحيض ثلاث مرات كوامل .

٥٠/٢٢٥ ك س طنطا (٥١/٢/١٨)   م ش ٢١٧/٢٢

(المبدا ٩) : القول للمعتدة (عند ادعاء انقضاء عـدتها ببلوغهـا سن الياس) باقرارها بانها من من ذوات الحيض ، عند قيام الدليل على بلوغهـا السن المذكورة وعدم امكان الجزم به .

جاء فى حاشية ابن عابدين فى باب العدة ما نصه (تتمـة ذكر الحقائق فى شرح المنظومة النسفية فى باب الامام مالك ما نصه : وعندنا ما لم تبلغ حد حد الاياس لا تعتد بالأشهر ، وحده خمس وخمسون سنة وهو المختـار ، لكنه يشترط للحكم بالاياس فى هذه المدة أن ينقطع الدم عنها مدة طويلة هى ستة اشهر فى الأصح . ثم هل يشترط أن يكون الانقطـاع ستة اشهر بعـد مدة الاياس ؟ الأصح انه ليس بشرط حتى لو كان منقطعا قبل مدة الاياس ثم تمت مدة الاياس وطلقها زوجها يحكم باياسها وتعتد بثلاثة أشهر ، هذا هو المنصوص فى الشفاء فى الحيض) فأما سن الياس فللفقهاء فى حد سن الاياس آراء فقيل خمس وخمسون سـنة وعليه الفتـوى ، وقيل خمسـون وعليه الفتوى ، وهما رايان مرجحان فى المذهب فقد جاء فى شرح الدر فى باب العدة ما نصه متنا وشرحا (والاياس سنه للرومية وغيرها خمس وخمسون سنة عند الجمهور وعليه الفتوى وقيل الفتوى على خمسين) وجاء فى حاشـية ابن عابدين عند هذا الأخير ما نصه : (وقال القهستانى وبه يفتى اليوم كمـا فى المفاتيح) وجاء فى شرح الدر أيضا متنا وشرحا من باب الحيض عنـد الكلام على حد الاياس ما نصه : « وقيل يحد بخمسين سنة وعليه المعمول والفتوى فى زماننا مجتبى وغيره تيسيرا » وعلى هذا التقدير الأخير (وقـد نقل ان عليه الفتوى أيضا) .

١٧٨٥/٣٢ بنى سويف (٢٤/١٠/٣١) ت س م ش ٤٨٦/٧

□■□

(المبدا ١٠) : هل اذا رات الآيس الدم بعد انقضاء عدتهـا بالأشـهر تستانف العدة ثانية بالحيض ؟

جاء فى شرح الدر فى باب العدة ما نصه : (آيسة اعتدت بالأشـهر ثم عاد دمها على جارى عادتها أو حملت من زوج آخر بطلت عدتها وفسد نكاحها واستانفت بالحيض الى أن قال واختاره فى الهـداية حتى قال لكن اختـار البهنسى ما اختاره الشهيد انها ان راته قبل تمام الأشهر استانفت لا بعدها قلت وهو ما اختاره صدر الشريعة ومنلا خسرو والباقلانى واقره المصنف فى باب الحيض وعليه فالنكاح جائز وتعتد فى المستقبل بالحيض كما صححـه فى الخلاصة وغيرها وفى الجوهرة والمجتبى انه الصحيح المختار وعليه الفتوى وفى تصحيح القدورى وهذا التصحيح أولى من تصحيح الهداية وفى النهر أنه اعدل الروايات ـ ونرى من هذا أن الراى الثانى وهو عدم الانتقاض اذا رات

الدم بعد تمام الأشهر قد رجحه الكثير من الفقهاء وجاء أيضا فى الفتح فى باب العدة بعد أن ذكر الأقوال فى هذه المسألة وبعد كلام فيها ما نصـه : (وعلى هذا اذا رأته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عند الاعتداد بالأشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه ويبقى النظر بعد ذلك فى أنه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض ، فيكون هذا ما صححه فى مجموع النوازل أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره .

٣١/١٧٨٥ بنى سويف (٣٤/١٠/٢١) ت س م ش ٤٨٦/٧

□■□

(المبدأ ١١) : اقرار المعتدة من طلاق رجعى بانقضاء عدتهـا ، وكانت المدة بين الطلاق والاقرار تحتمل الصدق ، بان كانت ستين يوما ، ثم ولدت لأقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولأقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب من المطلق للتيقين بوجود الحمل فى الزمن الذى اخبرت عنه بانه آخر عدتها ، فيظهر كذبها ويبطل اقرارها .

المنصوص عليه شرعا أن المعتدة من طلاق رجعى ، اذا اقرت ، بانقضاء العدة وكانت المدة بين الطلاق والاقرار بانقضاء العدة تحتمل الصـدق بان كانت ستين يوما ، ثم ولدت لأقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولأقل من سنتين من وقت الطلاق ، يثبت النسب من المطلق للتيقين بوجود الحمل فى الزمن الذى أخبرت عنه بأنه آخر عدتها ، فيظهر كذبها ويبطل اقرارهـا . فقد جاء فى فتح القدير جـ ٣ ص ٣٠٢ ما نصه : « ويثبت نسب ولد المطلقـة رجعيـا اذا جاءت لسنتين أو اكثر ما لم تقر بانقضـاء عدتها ، فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوما على قول ابى حنيفة وتسـعة وثلاثين يوما على قولهما ، ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الااذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبة للتيقن بثبوت الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها « ومثل ذلك فى الزيلعى وحاشيته والبحر وابن عابدين فى باب ثبوت النسب . وقد جاءت المادة ١٥ من القانون ١٩٢٩/٢٥ فمنعت سماع دعوى النسب عند الانكار اذا جاءت به المطلقة لأكثر من سنة من وقت الطلاق .

٤١/٩ بنها (٤٢/١/١٣) ت س م ش ١٢٥/٧/١٣!

□■□

(المبدأ ١٢) : العدة اجل لا يشترط العلم بمضيه .

ذكر الفقهاء ان مبدأ العدة يكون عقب الطلاق اذا كان العقـد صحيحا

وعقب المتاركة او تفريق القاضي اذا كان فاسدا أو عقب الوفاة اذا كان العقد صحيحا او فاسدا ــ وان العدة تنقضي وان لم تعلم المراة بالطلاق او الوفاة لأنها اجل فلا يشترط العلم بمضيه .

١٣٤/٥٤ تلا (٥٤/٣/١٧) م ش ١٠٨/٢٥

□■□

(المبدا ١٣) : العدة فى النكاح الفاسد تبتـــدىء من وقت المتاركة او من وقت التفريق .

نصوا على أن العدة فى النكاح الفاسد تبتـــدىء من وقت التفـــريق او العزم على ترك وطئها وفى الخلاصة أن المتاركة فى النكاح الفسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك أو ما يقوم مقامه كتركتها أو خليت سبيلهـــا اما عدم المجىء فلا لأن الصيغة لا تكون متاركة لأنه لو عاد تعود (تراجع ص ١٤٩ من الجزء الرابع من البحر) .

٣٦/٢٦٨٧ الضواحى (٤٨/٨/هـ) ت س م س ٢٦٤/١٠

□■□

(المبدا ١٤) : تجب العدة فى الخلوة الفاسدة على الصحيح من المذهب

ذكر القدورى ان كان المانع شرعيا كصوم ومرض وحيض تجب العـــدة لثبوت التمكين حقيقة وان كان حسيا كالمرض المدنف لا تجب العدة لانعدام التمكين حقيقـــة ، فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام التمكن لعـــدم الشغل واختاره الترمتاشي وقاضيخان وجزم به فى البدائع ويؤيده ما ذكره العتابى (ص ٣٥٠ ، ٣٥١ جـ ١ من مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ودر المنتقى شرح المنتقى ص٣٥٢ ، ٣٥٣ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين) .

٣٨/١٣٨٣ كفر الزيات (٤٠/٢/٢٧) ت س م ش ٥١/٨

□■□

(المبدا ١٥) : لا عدة على الحامل من الزنا .

الوطء بعد العلم بالحرمة عليه وتصريحه بالمتاركة يكون زنا ولا عدة على الحامل من الزنا أصلا ، بل يجوز نكاحها وان كان لا يحل للزوج وطؤها قبل الوضع .

٣٦/٢٩٨٧ الضواحى (٣٨/٨/٢) ت س م ش ٢٦٤/١٠

□■□

(المبدا ١٦) : لاعدة بعد وطء فى نكاح فاسد او باطل اذا كان الواطىء عالما بالحرمة .

لا عدة بعد وطء فى نكاح فاسد او باطل اذا كان الواطىء عالما بالحرمة

٣٦/٢٧٦ الاسماعيلية (٣٧/٨/٢٤) م ش ٣١٩/٧/٨

□■□

(المبدا ١٧) : العدة تنقضى ولو لم تعلم المراة بالطلاق .

اذا أقر الزوج بطلاق زوجته منذ زمان ماض واشتهر ذلك بين الناس تعتبر العدة من الوقت المسند اليه الطلاق .

٣٣/٤٨٤ الجمالية (٣٤/٣/١١) م ش ٨١/٦/١١

□■□

(المبدا ١٨) : اذا ادعت الزوجة الطلاق وانكر الزوج ثم اقامت البينة وقضى بالطلاق وجبت العدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء .

المنصوص عليه انها اذا ادعت الطلاق وانكر الزوج ثم اقامت البينة وقضى بالطلاق وجبت العدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء ــ فقد ورد بالدر المختار ص ٦٢٦ من الجزء الثانى فى با بالعدة ما نصه (فلو طلق امراته ثم انكر وقضى القاضى بالفرقة كان ادعت عليه فى شوال وقضى به فى المحرم فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء ــ بزازية) ومثله ص ٩٧ من الجزء الأول من الفتاوى الأنقروية فى باب العدة)

٣٢/١٠٧٥ اسيوط (٣٢/٩/٦) ت س م س ٥٨٤/٥

□■□

(المبدا ١٩) : المنصوص عليه شرعا ان المطلقة يجب عليها ان تعتد فى البيت ، المضاف الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية فان طلقت وهى بعيدة عنه عادت اليه فورا ولا تخرج منه الا بعذر .

حيث ان المنصوص عليه فى الفقه ان المطلقة يجب عليها أن تعتد فى البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية فان طلقت وهى بعيدة عنه عادت اليه فورا ولا تخرج منه الا لعذر من الأعذار التى نص عليها الفقهاء .

٢٦/١٨٧ ك س اسيوط (٣٧/٦/٢٠) م ش ٦٠/١٠

□■□

(المبدا ٢٠) : بيت العدة للمطلقة هو الذى يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة سواء أكان مملوكا للزوج او غيره ـ ولها ان تعتد خارجه فتهـا لعذر ولم يذكر الفقهاء اعذارا فى ذلك على سبيل الحصر .

جاء فى ابن عابدين بيانا لبيت العدد (والمراد ما يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت هداية سواء أكان مملوكا للزوج أو غيره) وعبارة الهداية (وعلى المعتدة أن تعتد فى المنزل الذى يضاف اليها بالسـكنى حال وقوع الفرقة والموت لقـوله تعالى : « لا تخرجـوهن من بيوتهن » والبيت المضاف اليها هو البيت الذى تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه) ـ على أن الفقـه أجاز للمطلقـة أن تخرج من بيت العدة الى غيره عند قيام العذر ـ ولم يذكر الفقهاء أعذارا فى ذلك على سبيل الحصر .

٤١/١٢٠٥ جرجا (٤٣/٨/٩) ت س   م ش ١٤٤/١٧

□■□

(المبدا ٢١) : الحكمة من ضرورة اعتداد المطلقة بمنزل الزوجية التى كانت تقيـم فيـه وقت الطـلاق حملهـا على تذكر نعم الزوجيـة وعـدم نسيانها فيجب عليها الاعتداد فيه والعودة اليه ان طلقت وهى بعيدة عنـه ولا تخرج منه الا لعذر شرعى .

وحكمه التشريع ان اعتداد المطلقـة فى المنزل الـذى كانت تعاشر فيه زوجها الى حين الطلاق يحملها دائما على تذكر نعم الزوجية وعدم نسـيانهـا وحينئذ يكون الحكم باعتدادها فى مسكن آخر والحالة هـذه لا سند له من الفقه

٢٦/١٨٧ ك س أسيوط (٢٧/٦/٢٠)   م ش ٦٠/١٠

□■□

(المبدا ٢٢) : شغل المسكن الذى كان مضافا الى الزوجية وقت الطلاق المملوك للمطلق لا يمنع المطلقة من الاعتداد به فان لم يسع سكناهما أو كان المطلق فاسقا (فى الطلاق البائن) فخروجه منه اولى .

المنصوص عليه فى الفقه ان المطلقة يجب عليها أن تعتد فى البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية فان طلقت وهى بعيدة عنه عادت اليه فورا ولا تخرج منه الا لعذر من الأعذار التى نص عليها الفقهـاء وليس منها شغل المسكن بالسكنى متى كان مملوكا للمطلق فان لم يسع سكناهما او كان المطلق فاسقا (والقيد الأخير فى الطلاق البائن) فخروجه منه أولى لأن

اقامتها فيه واجبة حتى لو طلب منه القاضى ان يسكنها فى منزل بجواره لا يجيبه الى ذلك وانما تعتد فى مسكن المفارقة كما نص على ذلك فى شرح الدر
١٨٧/٣٦ ك س أسيوط (٢٧/٦/٢٠)   م ش ١٠/٦٠

□■□

(المبدأ ٢٣) : شغل مسكن العدة بسكنى الغير .

ليس من الأعذار التى تبيح خروج المطلقة من بيت الزوجية شغل المسكن بسكنى غيرها متى كان مملوكا لمطلقها .
١٨٧/٢٦ ك س أسيوط (٢٧/٦/٢٠)   م ش ١٠/٦٠

□■□

(المبدأ ٢٤) : الأعذار المبيحة للاعتداد فى غير المسكن المذكور ، لم يذكرها الفقهاء على سبيل الحصر ولكن ليتعرف منها مقدار الضرورة المبيحة للاعتداد فى غير هذا المنزل ـ حق الشرع اذا لم يمكن بذاته وامكن بدله مما هو مساو له فى القيمة يجب المصير الى البدل ـ اذا تعذر الاعتداد فى مسكن العدة ولم يدع المطلق مطلقته الى الاعتداد فى سواه يكون ملزما باجرة مسكن تعتد فيه .

ذكر الفقهاء من الأعذار أن تخرج المراة أو ينهدم المنزل وليست هذه الأمثلة مذكورة على وجه الحصر ولكن ليتعرف منها مقدار الضرورة المبيحة للبعد عن هذا المنزل وحيث ان المطلقة فى حادثتنا لم تجد طريقا الى الاعتداد فى منزل عدتها لدخول اناس آخرين به مستأجرين له فهذا بلاشك من الاعذار المبيحة للاعتداد فى سواه .

وحيث أن حق الشرع اذا لم يمكن بذاته وأمكن ببدله مما هو مساو له فى القيمة يجب المصير الى العدل فتقدر القيمة بدلا عن الأصل .

وحيث ان المطلق هو ملزم شرعا ببيت العدة ـ فعند تعذره يكون ملزما بما يساويه فى القيمة . ويجب لذلك أن تفرض عليه هذه القيمة ولا سيما أنه لم يدعها الى منزل آخر .
٩٧/٣١ سنورس (٢١/١٢/٥)   م ش ٤/٦٥

□■□

(المبدأ ٢٥) : لا يمكن طالب معتدة طلاقه البائن لاعتدادها فى مسكنه لفساد الزمن .

امتداد البائنة بينونة كبرى يحتاج فى اسكانها فى بيت العدة الى شروط لا يمكن توافرها الآن من اتخاد سترة بين الطرفين أو اعداد امرأة امينة ثقة لتحول بينهما ولو أمكن اتخاذ السترة ووجود المرأة فانه وقد فسد الزمن اصبح لا يمكن التحرز حتى مع هـذا من معاشرته معها وخاصة اذا لوحظ أنه ليس للمدعى عليها فى تلك البلدة انيس ولا أهل يرفعون عنها الوحشة ويمنعون وصول الضرر اليها وسطوه عليها .

٣١/١٩٢٣ كرموز (٢٥/٦/٢٢) م ش ٧٤٧/٦

□■□

(المبدأ ٢٦) : اذا كان بين مكان المطلقة وبين بلدة مسكن العـدة أكثر من مسافة القصر وطلقها وهى فى الطريق قبل غايته (وبالأولى اذا كانت قد وصلت الى المقصـد) فلا تلزم بالعودة لمسكن العدة لأنها تكون منشئة سفرا فى العدة وذلك غير جائز حتى ولو كان معها محرم .

المنصوص عليه شرعا انه لو طلقها بائنا أو مات عنهـا فى سفر ولو فى مصر وليس بينها وبين مصرها مدة السفر وبينها وبين مقصدها أقل مضت الى المقصد ، وعللوا ذلك بأن فى رجوعها الى مسكن العدة انشاء سفر وهو غير جائز وان كانت مدة السـفر من كل جانب خيرت والعود ان كانت فى مفازة ، أما ان كانت فى مصر فانها لا ترجع الى مصرها عند أبى حنيفة وهو الأرجح كمـا يعلم من رد المحتار على الدر المختار ومن الفتـاوى الهنـدية وغيرها . ولا يقال ان المنصوص عليه أنها اذا ذهبت الى بيت أهلها زائرة ثم طلقها عادت وهذا عام لأنا نقول أن العلة فى المنع هو انشـاء السفر بالرجوع وهو غير جائز سواء أكان معها محرم أو لا فيحمل العموم المذكور على ما اذا كانت فى بيت أهلها وبينها وبين مصرها أقل من مدة السـفر وبهـذا الحمل يزول الاشـتباه ويؤيده كلمة زائرة وبذلك لا تهمل النصـوص بل أعملت والأعمال خير من الاهمال .

٣١/١٩٢٣ كرموز (٢٥/٦/٣٢) م ش ٧٤٧/٦

□■□

(المبدأ ٢٧) : طلب المطلق اعادة مطلقته الى مسكن العدة .

لا يجاب المطلق الى طلب اعادة المطلقة الى مسكن العـدة اذا ظهر انه يقصد بدعواه الكيد والاضرار .

٢٦/١٧٨ ك س أسيوط (٢٠/٦/٢٧) م ش ١٠/٦٠

(المبدأ ٢٨) : انقضاء العدة .

تنقضى العدة برؤية الدم والطهر منه ثلاث مرات .

٤٤/٤١ فاقوس (٤٥/٥/٢١) ت س   م ش ٥٤/١٧

□■□

(المبدأ ٢٩) : انقضـاء العدة بالحيض من مواضع الخفاء بالنسـبة للمطلق فيغتفر فيه التناقض .

انقضاء العدة بالحيض من الخفاء بحيث لا يتيسر لأحد معرفتـه الا المعتدة نفسها والواقع أن مدعيه انما يقصد مندعواه سؤال المعتدة لعلها تقر أو تنكل اذا استحلفت أو على الأقل تبوء بائم اليمين الفاجرة اذا هى حلفت وتتحمل بطريق رسمى نتائج بقائها فى العدة ومنها أن يرثها المطلق . جاء فى الدر المختـار ورد المحتـار أنه لو قال أخبرتنى بأن عدتهـا انقضت فى مدة تحتمله وكذبتـه عومل باقراره فيعامل هو باقراره فى حقـه وحق الشرع وتعامل هى باقرارها فى حق النفقة والسكنى ، وبالرجوع الى النص تبين أن صاحب رد المحتار نقل العبارة عن فتح القدير وأن عبارة فتح القـدير هكذا : ولو كانت فى مدة تحتمله فكذبتـه لم تسقط نفقتهـا وله أن يتزوج بأختهـا لأنه أمر دينى ــ فيرى من ذلك ان معاملة الرجل باقراره فى حقـه وحق الشرع فيهـا زيادة من ابن عابدين لم تكن فى الأصل الذى نقل عنـه والأشبه بالفقـه اعتبار أصل التعبير الذى فى فتح القـدير لا ما زاده ابن عابدين من حقوقه الماليـة ، لأن المنصوص عليـه ان خبر الواحد يقبل فى المسائل الدينية كما لو قالت امراة طلقنى زوجى وانقضت عدتى فانه يسع سامعها ان يتزوجهـا وكذا لو قالت ان زوجها قد مات فان لسـامعها أن يتزوجهـا ــ فيرى من ذلك ان مسالة فتح القـدير فى قبول خبر الواحد فى المسائل الدينية وكذا تمسك المدعى فى تناقض المدعى عليه بما جاء فىالفتاوى الهندية من أنها لو ادعت انه طلقها ثم مات لا ترثه وقاس مسـالة الدعوى على هذه المسالة وبالرجوع الى كتب المذهب تبين أن هذه المسالة قد ذكرت على انها خارجة عن الأصل العام فى اغتفار التناقض فى مواضع الخفاء التى منها الطلاق وما خرج من الأصل لا يقاس عليـه من هذا كله يتبين الا وجه للمدعى فى دعواه بحالتها .

٣١/٢٠ المحلة الكبرى (٣٢/١/١٠)   م ش ٩٠٦/٣

□■□

(المبدأ ٣٠) : تنقضى عدة المطلقة من أول يوم تعقد فيه على آخر .

تنقضى عدة المطلقة من مطلقها من اول يوم تعقد فيه على آخر ، ولا يكون لها الحق فى الاستيلاء على النفقة المحكوم لها بها عليه ـ وان لم يمض على طلاقها سنة كاملة .

٢٩/٥١٢ ك س مصر (٤٠/٣/٧) م ش ٦٢/٧/١١

□■□

(المبدأ ٣١) : اذا اقر الزوج بطلاق زوجته منذ زمان ماضى واشتهر ذلك بين الناس تعتبر العدة من الوقت المسند اليه الطلاق .

الفقه يقضى بأن مبدأ العدة بعد الطلاق فى النكاح الصحيح وبعد تفريق الحاكم او المتاركة فى النكاح الفاسد وبعد الموت فورا مطلقا ، وان العدة لا تتوقف على علم المراة بذلك ، حتى ولو بلغها الطلاق او موت زوجها بعد مضى العدة حلت للأزواج .

٣٢/٤٨٤ الجمالية (٣٤/٣/١١) م ش ٨١/٧/١١

□■□

(المبدأ ٣٢) : تنقضى العدة بوضع الحمل .

النص الشرعى يقضى بانقضاء العدة بوضع الحمل ولو كان مستبينا بعض خلقه متى مضى على مبدأ الحمل مدة اربعة اشهر من وقت العلوق (الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٢٣١ والجزء الثانى من الدر المختار فى رد المحتار ص ٦٣٠) .

٣٨/٦٠ العياط (٢٨/١٢/٢٦) م ش ٢١٤/١

□■□

(المبدأ ٣٣) تنقضى العدة بوضع الحمل اذا استبان بعض خلقه .

حيث ان المدعى طلب ابطال نفقة العدة بناء على انقضاء عدة المدعى عليها بوضع الحمل لتمام ثلاثة اشهر ، ومن حيث ان انفصال الجنين على هذا الوجه على فرض صحته مما لا تنقضى به العدة شرعا لأنه لا يعدو مضغة فى ايامها الأولى لم يظهر شىء من خلقها الا ترى حديث (ان احدكم يجمع خلقه فى بطن امه اربعين يوما الى آخره) فانه يدل على ان بدء تشكيل اعضاء الجنين بعد تمام مائة وعشرين يوما ، ومن حيث أن الفقهاء نصوا على ان وضع الحمل الذى تنقضى به العدة شرطه أن يستبين بعض خلقه على الأقل ليعلم انه انسان بيقين .

١٤٧/٥٣٨ اسنا (٣٨/٤/١٦) م ش ٥٤٥/٩

(المبدأ ٣٤) : المطلقة اذا تزوجت ثم قالت كنت معتدة لا تصــدق اذا كان بين الطلاق والزواج شهران فصــاعدا ـ الاقــدام على النكاح اعتراف بانقضاء العدة يبطل به فرض النفقة التى كان سببها الزوجية السابقة .

النص الفقهى بان المطلقة اذا تزوجت ثم قالت كنت معتدة لا تصدق اذا كان بين الطلاق والزواج شهران فصــاعدا ، نص على ذلك فى الهندية ص ٣٩١ من الجزء الأول نقلا عن الخلاصة ، فمن هذا يظهر جليا ان هذا الزواج كان انشاء لا رجعة لأن اقدام الزوجة على النكاح من غير بيان انها فى العدة وهى عالمة بشرائط كل من النكاح والرجعة اعتراف منها بانقضاء العدة وبصحة هذا الزواج فلا يقبل قولها بالبقــاء فى العــدة للتناقض ، لمنافاة اخبارها بالبقاء فى العدة لاعترافها بانقضائها ، كما لو قالت بعد الزواج كنت مجوسية أو مرتدة او منكوحة الغير او كان النكاح بلا شهود (نص على ذلك فى الجزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار ص ٥٥٨ ، فقــد بان من هذا جليا أن جواز العوض فى الرجعة مقيد بالتصريح بأن العقد رجعة وبعدم اشتراط هذا العوض حتى اذا تبرع الزوج كان زيادة فى المهر السابق .

ومن حيث ان المدعى عليها قد اقدمت على النــكاح ولم ينص فيه على أنه رجعــه وقد اشترط العــوض وقبلته ، ولم ينص على زيادة فى المهــر السابق وقد استوثقت لنفسها بالكفالة فيه وهذا ينافى ملك الزوج الرجعة من غيره وقد مضت مدة تحتمل انقضاء العــدة فهذ واضح من اعترافهــا بانقضائها وفى ان هذا الزواج كان انشاء لا رجعة .

٣٠/٣٧٠ شبين القناطر (٣١/٣/٣٠) م ش ٣/٣/٦٦٣

□■□

(المبدأ ٣٥) انشاء الزواج فيه اعتراف بالبينونة وانقضاء العدة .

ومن حيث أن المدعى عليها قد اقدمت على النــكاح ولم ينص فيه على وهذا مبطل للفرض السابق لزواج ملك النكاح بالبينونة .

٣٠/٣٧٠ اسيوط (٣١/٣/٣١) م ش ٣/٦٦٣

□■□

(المبدأ ٣٦) : العدة بعد الطلاق فى النكاح الصحيح وبعــد تفريق الحاكم فى النكاح الفاسد وبعد الموت فورا .

المنصوص عليه ان المدة بعد الطلاق فى النكاح الصحيح ، وبعد تفريق الحاكم فى النكاح افاسد ، وبعد الموت فــورا ، تنقضى ولو لم تعلم المــراة الطلاق أو الموت حتى لو وبلغها الطلاق أو موت زوجها بعد مضى العــدة ،

فقد حلت للأزواج (راجع ابن عابدين وغيره) .

ق ٣٣/١٦٩٤ بورسعيد (٣٥/١/١٢) ت س م ش ٦/٤٤٦

□■□

(المبدأ ٣٧) : عدة من اقر زوجها بطلاقها من زمن ماض .

لو اقر الزوج بطلاق زوجته من زمن ماض فان اثبته فالعـدة من ذلك الزمن والا فمن وقت الاقرار .

٣٣/١٦٩٤ بورسعيد (٣٥/١/١٢) ت س م ش ٦/٤٤٦

□■□

(المبدأ ٣٨) : ادعاء المطلقة ـ التى توفى عنها زوجها ـ عدم انقضاء عدتها خلال السنة التالية للطلاق .

النص فى المادة ١٧ من المرسوم بقانون ١٩٢٩/٢٥ على أنه « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سـنة من تاريخ الطلاق .. » يدل على أن الشارع قد جعل من مدة السنة التالية للطلاق حدا تصدق فيه المطلقة التى توفى عنها زوجا فيما تدعيه من عدم انقضاء عدتها .

طعن ٥٣/٤٦ ق (١٩٨٤/٥/٢٢) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٣٩) : اقرار وكيل الزوجة فى العقد وقبض المهر بانقضاء عدتها معتبر وملزم لها لصدوره ممن يمثلها اذ التوكيل فى العقد توكيل فيما يلزم له من الأقارير فتعتبر الزوجة به منقضية العدة من تاريخ العقـد عليهـا ويسقط حكم النفقة المترتب عليها من تاريخ العقد .

حيث تبين من وثيقة زواج المستانف بالمستانف عليها ، انه جدد عقده عليها بعد الطلاق الذى اوقعه عليها ، وانها وكلت والدها فى العقد ، وشرط المهر ، وقبضه ، تسلم الوثيقة ، وان والدها اقر عنهـا وقت صـدور هذا العقد بانقضاء عدتها بالحيض ، ولاشك أن هـذا الاقـرار ينبغى أن يكون معتبرا وملزما لها لصدوده ممن يمثلها فى العقد ، والقول بأن هـذا الاقرار ليس مما نص على التوكيل فيه صراحة بالوثيقـة فلا يملكه الوكيل ويعتبر فضوليا فيه ولا يتفق مع ما جرى عليه العرف العام من أن التوكيل فى العقد توكيل فى كل مايلـزم له من الأقارير والعبـارات التى يرى الموثق وجـوب ثباتها فى وثيقته . ومن حيث انه فضلا عن هذا فان توكيل المستانف عليها لوالدها فى لعقد وشرط المهر وقبضـه واستلام الوثيقة يتضـمن الاعتراف

بانقضاء العدة ، اذ لو كانت فى العدة لما لزم عودتها الى زوجها ، عقد ومهر جديدان ، بل كان لزوجها أن ينفرد برجعتها دون قبول منها ، ولا تسمية مهر جديد ، وحينئذ فالقول بأن هذا العقد يعد رجعة من الزوج لزوجته ، وان هذا المهر المسمى ، يعد زيادة فى المهر الأول ، ولا دلالة فى شيء من ذلك على انقضاء العدة لايخفى ما فيه من التعسف الظاهر لانحرافه عما تؤديه العبارات ، والوقائع من المعانى الصريحة ـ ومن حيث انه قد ثبت أن المستأنف عليها كانت منقضية العدة وقت حصول العقد الثانى فان الزوجية تكون منقطعة من حيث انقضاء عدتها ويجب أن ينقطع معها كل اثارها ومن ذلك النفقة التى كانت مقررة لها وهى زوجة أو معتدة ويسقط الحكم بهذه النفقة ولا يبقى لها حق المطالبة بمقتضى هذا الحكم .

٣٥/١٠ ك س اسيوط (٢٥/١٢/٣) م ش ٦٨١/٧

□■□

(المبدأ ٤٠) : تعتبر المطلقة منقضية العدة بالنسبة النفقة بمضى سنة كاملة من تاريخ طلاقها فلا تستحق نفقة بعدها ابدا بالتطبيق للقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

ان نص المادتين ١٧ ، ١٨ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ صريح فى أن المطلقة لا تستحق نفقة قبل مطلقها زائدة على ما تستحقه عليه نفقة لعدتها فى سنة ميلادية كاملة اذا لم تقر بانقضاء عدتها فى اثنائها وتعنتت معه ، فاذا نفذت بأى مدة تزيد على هذه السنة وقبضت نفقتها فيها تكون قد استولت على ما ليس من حقها وقبضت ما هو من حق المطلق بغير وجه .

٣٦/٣٩٨ اجا (٣٧/٣/٨) م ش ٥٦/٣/١١

□■□

(المبدأ ٤١) : اذا وقع نزاع بين الزوجين فى العدة فادعت المطلقة انقضاء عدتها بالحيض وادعى المطلق عدم انقضائها تصدق المرأة بيمينها اذا كانت المدة بعد الطلاق ستين يوما فاكثر لأن هذا امر لا يعلم الا من جهتها فيكون القول قولها فيه .

المنصوص عليه شرعا انه اذا وقع نزاع بين الزوجين فى العدة فادعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيض وادعى الزوج عدم انقضائها وأن له حق الرجعة تصدق المرأة بيمينها وتخرج من العدة ان كانت المدة تحتمل انقضاء العدة واقل مدة عدة بالحيض ستون يوما ـ وانما كان القول قولها لان هذا الأمر لا يعلم الا من جهتها وكل شيء لا يعلم الا من جهة شخص يكون القول فيه قوله (وقال شارح الدر ومتنه قالت

انقضت عدتى والمدة تحتمله وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها والا تحتمله المدة لا ، لأن الأمين انما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر ثم لو بالشهود فالقدر المذكور ولو بالحيض فأقلها لحرة ستون يوما ص٨٤٢ جزء٣ من ابن عابدين .

٤٨/١٣٨ ابو قرقاص (١٩٤٨/٣/٧) ت س م ش ٣٣٦/٢٠

□■□

(المبدأ ٤٢) : اذا ادعى المطلق انقضاء عـدة مطلقته فى مدة تحتمله وكذبته المعتدة فى ذلك يؤاخذ شرعا بهذا الاقرار فى حق نفسه وفى حق الشرع ويعامل به فلا يملك الرجعة بعده ويحل له أن يتزوج بأختها ويكون للمعتدة النفقة عملا بخبريهما بقدر الامكان .

قال شارح الدر فى آخر باب العدة فى فروع نقلهـا عن البحر وغيره ــ وفيه عن المحيط كذبته فى مدة تحتمله لم تسقط نفقتها وله نكاح أختها عملا بخبريهما بقدر الامكان ، ولو مات ترثه الأخت قال ابن عابدين تعليقـا على قوله (وفى المحيط) صوابه (عن الفتح) وعبارته هكذا (وفى فتح القدير اذا قال الزوج أخبرتنى بأن عدتها قد انقضت فان كان فى مدة لا تنقضى فى مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا أن يتبـين ما هو محتمل من اسـقاط سقط بين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان فى مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه أ هـ ص ٨٤٨ ، قال ابن عابدين فى حاشيته (فالحاصل أنه يعمل بخبريهما بقدر الامكان بخبرة فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها فى حقها من وجوب النفقة والسـكنى أ هـ والمسألة مفروضة فى الاختلاف مع زوجها الذى طلقها) ــ وقد رجعنا الى باب العدة فى فتح القدير جـ ٢ ص ١٥٦ فوجدنا مدونا به تعليقا على قول البداية (واذا قالت المعتدة انقضت عدتى وكذبها الزوج كان القول قولهـا مع اليمين لأنها امينة فى ذلك الى أن قال فحينئذ يقبل قوله فيه .

٤٨/١٣٨ ابو قرقاص (٤٨/٣/٧) ت س م ش ٣٣٦/٢٠

□■□

(المبدأ ٤١) : اذا اقر المطلق بان مطلقته انقضت عدتها منه برؤيتهـا الحيض ثلاثة مرات والمدة تحتمل ذلك يؤاخذ بهـذا الاقرار شرعا ولا يملك مراجعتها ولو انكرت مدعاه وحلفت اليمين على نفيه .

جاء فى الجزء الثـانى من الدر المختـار صوابه فى آخـر باب العـدة (وفيه أى فى البحر من المحيط) ، « وقال فى رد المحتار وصوابه عن الفتح » كذبته فى مدة تحتمله « انقضاء العدة » لم تسقط نفقتها وله نكاح أختهـا

عملا بخبريهمـا بقدر الامـكان (وقال فى رد المحتـار تعليقـا على ذلك ـ فالحاصل انه يعمل بخبريهما بقدر الامكان بخبره فيما هو من حقه وحق الشرع وبخبرها فى حقها من وجوب النفقة والسكنى .

٥٠/٣٨٠ دمنهور (٥٠/٥/٢٤) م ش ٥٢٤/٩

□■□

(المبدأ ٤٣) : تحديد اقصى مدة يمكن ادعاء عدم انقضاء العدة بجعل الصلح على نفقتها صحيحا .

تحديد أقصى مدة يمكن فيها ادعاء عدم انقضاء العدة يجعل الصلح على نفقتها صحيحا فلا يقبل الدفع بعدم جوازه لأن العدة غير محدودة .

٣٧/١٣٢٩ ك س مصر (٣٨/٤/٣) م ش ٥٢٤/٩

□■□

(المبدأ ٤٤) : اقرار المعتدة من طلاق رجعى بانقضاء عدتها بالحيض وتزوجها بآخر بعد الطلاق بثلاثة اشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة اشهر .

اذا اقرت المعتدة من طلاق رجعى بانقضاء عدتها بالحيض ، وتزوجت بآخر بعد الطلاق بثلاثة أشهر ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد الثانى ، ولأقل من سنة من تاريخ طلاقهـا من الأول ، ثبت الولد من المطلق ويكون العقد الثانى حاصلا فى عدة الغير .

٤١/٩ بنها (٤٢/١/١٣) ت س م ش ١٢٥/٧/١٣

□■□

(المبدأ ٤٥) : سن الياس خمس وخمسون سـنة ولا تنقضى عـدة الآيس الا ببلوغها هذه السن .

ان النصوص الشرعية صريحة فى ان الراجح والمعول عليه شرعا هو أن سن الاياس خمس وخمسون سنة فقد جاء فى رسائل ابن عابدين ص ٨٣ من الجزء الأول ما نصه متنا وشرحا وهو « اى سن الاياس » (فى الحيض) احتراز من الاستحاضة فانه لا تقدير له (خمس وخمسون سنة) » قال فى المحيط البرهانى وكثير من المشـايخ افتوا به وهو أعدل الأقوال وذكر فى المجتبى وغيره انه المختار فى الدر عن الضياء وعليه الاعتماد ا هـ وغير هـذا النص كثير من النصوص الشرعية الدالة على انه الراجح فى سن الاياس ما ذكرنا .

ومن حيث ان المنصوص عليه شرعا ايضا ان عدة الاياس لا تنقضى الا بلوغها هذه السن ويشترط للحكم باياسها ان ينقطع عنهـا الدم مدة طويلة قدروها بستة أشهر تعتد بعدها بالأشهر ، فقد جاء فى حاشية ابن عابدين ص ٦٠٧ من الجزء الثانى فى باب العدة ما نصه « تتمـة ذكر فى الحقـائق شرح المظومة النسفية فى باب الامام مالك ما نصه (وعندنا ما لم تبلغ حـد الاياس لا تعتد بالاشهر ، وحده خمسة وخمسون سنة وهو المختـار ولكن يشترط للحكم بالاياس فى هذه المدة ان ينقطع الدم عنها مدة طـويلة وهى ستة اشر على الأصح » .

٣٢/٥٤٧ جرجا (٣٣/٧/٢٤) ت س م ش ٥/ ٩٧٢

□■□

(المبدا ٤٦) : سن الأياس خمس وخمسون سنة .

الأرجح فى المذهب ان سن الاياس خمس وخمسون سنة .

٣٣/١٧٨٥ بنى سويف (٣٤/١٠/٣١) ت س م ش ٤٨٦/٧

□■□

(المبدا ٤٧) : سن الياس لا يجعل العدة بالأشهر الا لمن انقطع عنهـا الدم . والقول فى ذلك للزوجة بيمينا .

حيث ان بلوغ سن الياس لا يجعل العدة بالأشهر الا عنـد من انقطع عنهادم الحيض : فانها هى التى تعتد بالأشهر بعد انقطاع الدم عنها سـتة اشهر . ومن حيث ان المدعيـه قد اعترفت بانهـا من ذوات الحيض وانه ياتيها كل شهر مرة وانه جاءها قبل الشهر بعشرة ايام والقول فى ذلك لهـا لأنه لا يعلم الا من قبلها فتكون عدتها بالحيض لا بالأشهر .

٥٠/٩٠٦ ك س مصر (٥٠/٦/١٩) م ش ٧٢/٢٢

□■□

(المبدا ٤٨) : عدة مطلقة الذمى .

حصل خلاف بين ائمة الحنفيـة فى وجوب العدة على مطلقـة الذمى ، فقال الصاحبان تجب عليها العدة لأن أهل الذمة التزموا احكامنا بعقد الذمة فيجب ان تسرى عليهم ووافقهما الأمام فى المطلقة الحامل ، حيث أوجب عليها العدة حتى تضع حملها ، لأن الفراش قائم ، واذا لم تجب عليها العدة وجاز زواجها يشتبه نسب الولد فتجب العدة حفاظا لحق الولد . وخالفهما فيما

اذا لم تكن حاملا فقال اذا كان فى ديانتهم الا عدة عليها لايكون عليها عدة وذلك لان العـدة فيها معنى العبادة والقربة ولا يمكن ايجـابها حقـا للزوج لأنه لا يعتقدها ولا حقا لله لأنهم غير مخاطبين بما هو عبادة او قربة وقد امـرنا بتركهم وما يدينون والراجح فى المذهب قول الامام وعليه متون الفقه (يراجع الدر وابن عابدين بالجزء الثانى فى باب نكاح الكافر وأواخر باب العدة بالجزء الثانى ، والبـدائع فى فصل كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة بالجزء الثانى . وفصل واما الذى هو من التوابع بالجزء الثالث) .

١٣٠/٢٥ ك س بنى سويف (٢٦/١١/١٦)   م ش ١/٣٠٤

□■□

(المبدا ٤٩) : لا عدة على زوجة غير المسلم متى كانوا لا يعتقـدونها فلا نفقة لها بعد الطلاق .

وحيث انه جاء فى الخلاصة القانونية من الأحوال الشخصية لصاحب الكنيسة الكبرى للأقباط ما ملخصه : ان الطلاق لا يقع بمجرد صدوره من المطلق وانما يشترط ان يوقعه الرئيس الدينى الروحى واذن فيترتب عليـه آثاره وهى انحلال الارتباط الزوجى بكل متعلقـاته الشخصية (رد المهر والهدية على التفصيل المـذكور به) . وحيث أن المجلس الملى حكم بفسخ الزواج بين المتداعين وصرح لهما بالزواج وان المطلقة لا عدة عليها ولا نفقـة من مطلقها فى الشريعة المسيحية ، واذن فيكون معتبرا فى دينهم الذى يعتقده المتداعيان ويترتب عليه جواز زواجها فور طلاقها بمن تريد بدون اعتداء من مطلقها لاقتضائه انحلال جميع روابط الزوجية بكل متعلقاتها . وحيث انه فى الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشيته للعلامة ابن عابدين فى باب العدة من الجزء الثانى ما نصه : ذمية غير حامل طلقها او مات زوجها الذمى لم تعتد عند ابى حنيفة اذا اعتقدوا ذلك لأنا امرنا بتركهم وما يعتقدون ولو تزوجها مسلم او ذمى فور طلاقها جاز ، ولو كانت الذمية حاملا تعتد بوضعه اتفاقا وقيده الولوالجى بما اذا اعتقـدها . والذمية لو طلقها مسلم او مات عنها تعتـد اتفاقا مطلقا لأن المسلم يعتقـد لزوم الاعتداد من نكاحه فتخاطب به الذمية) . وظاهر ان المراد بالذمى فى هذا الباب كل من ليس مسلما . . وحيث انه جاء فى تنقيح الفتاوى الحامدية فى باب العدة فى الجزء الأول ما نصه . مع تصرف (سئل فى ذميـة مات زوجها الذمى عنها وهى غير حاملة منه ومضى لموته اربعون يوما وهم لا يعتقدون العدة فهل لا تعتد اذا اعتقدوا ذلك ؟ الجواب . . نعم لا تعتد اذا اعتقدوا ذلك كما قيـد به فى الولوالجية لأنا امرنا بتركهم وما يعتقدون وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله ــ قال جمال

الاسـلام فى شرحه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى .. عليها العـدة ، والصحيح قوله واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما .

وحيث ان المحكمة ترى الأخذ بمذهب الامام فى هذه الحادثة لأمرين أولهما أن المدعى فيها لا يعتقد لزوم العدة على مطلقتـه حقا لنفسه فلا يلزم به والمدعى عليها كذلك فلا تخاطب بها ــ وثانيهما ــ أن مذهبه هو الصحيح والمعتمد عند ائمة المذهب (طرفى الدعوى قبطيان أرثوذكسيان) .

٣١/٤٤٦ قنا (٣٢/٤/٤٩) م ش ٧٧٧/٤

□■□

(المبدأ ٥٠) : مطلقة المسلم ولو ذمية عليها العدة ولها النفقة .

نص الفقهاء على أن الذمية اذا كانت مطلقة المسلم ، تجب عليها العدة، ولها النفقة عليه ، مادامت فى العدة ، بخلاف ما اذا كانت مطلقـة الذمى ، فانه لا عدة عليها اذا كانا يدينان بذلك .

٣٢/٣٠٤ ابوقرقاص (٢٤/٢/١٤) م ش ١٧٤/٦

□■□

(المبدأ ٥١) : اذا قيل بوقوع طلاق الذمى وترتب آثاره عليـه فهل يجب لمعتدته نفقة عدة ام لا ؟

الذى نراه فى هذه المسألة ومقطع الحق فيها ، ان النفقـة واجبة مدة العدة ، وأن هذا ليس موضع خلاف ، ولا مثار نزاع بين الامام وصاحبيه، فقد جاء بابن عابدين جزء ٢ ص ٣٧٨ ما نصه : (لو طلبت الذمية نفقة عدة ألزمناه بها) ولقد أورد ابن عابدين هـذه العبارة ولم يعقب بما يفيـد أن هناك خلافا فى ذلك ، ولو كان فى هذا خلاف لأشار اليه فى هذا الموضع ، اذ هو محل بحثه وموضع اثارته . وأنه لما يقوى هذا ويرجحه ، أمور كثيرة منها أن هذا الرأى هو الذى يتفق والقاعدة العامة التى نص عليها الفقهـاء فقـد نصوا على ثبوت بقيـة أحكام النكاح فى حق الذميين كالمسلمين ، من وجوب النفقة ، ووقوع الطلاق، ونحوهما كعدة جزء ٢ ابن عابدين ص٤٨٧، ومنها أن هذا الرأى هو الذى يتفق وضرورة الانسجـام بين مواد التشريع وعدم التـدافع فيها ، والا فكيف نطبق حكم الشريعـة الاسلامية فنقول بوقوع مثل هذا الطلاق وترتب آثاره عليه ، ثم لا نطبقـه بالنسبة لوجوب النفقة ، بل كيف ترضى هذه الشريعة السمحة لنفسها أن تكون مطية ذلولا يمتطيها أصحاب الحوائج الى حوائجهم ، وأن تتخذ سلاحا للاضرار بالناس والحـاق الاذى بهم ، فهـذا مسيحى يريد الامعـان فى الاضرار بزوجتـه

فلا يكفى بطلاقها بل يلجأ الى المحاكم يستعين بها على ارواء غلته فيطلب الحكم بمنع النفقة عنها ليجمع عليها همين ويضيف الى بلائها القديم بلاء جديدا .

١٥٢/٤٦ أسيوط (٤٧/١/٩) م ش ٣٦٦/٢١

□■□

(المبدأ ٥٢) : مغزى قول الامام ابى حنيفة ان مطلقة الذمى تبين لا الى عدة .

مغزى قول الامام الأعظم ابى حنيفة ان مطلقة الذمى تبين لا لى عدة هو أنه يجوز للمسلم أو الذمى ان يتزوجها فور طلاقها وليس معناه وجوب النفقة لها ما دامت فى العدة .

١٥٢/٤٦ أسيوط (٤٧/١/٩) م ش ٣٦٦/٢١

□■□

(المبدأ ٥٣) : لا مناقاة بين القول بوجوب النفقة لمطلقة الذمى ما دامت معتدة وبين جواز تزوج الغير منها فور طلاقها .

ما روى عن الامام ابى حنيفة من انه اذا طلق الذمى الذمية لم تعتد عنده ـ والذى نراه أنه ليس معنى هذا ومفزاه عدم وجوب نفقة العدة لها بل معناه كما يفهم من تفريع الفقهاء على هذه العبارة انه يجوز للمسلم أو الذمى أن يتزوجها فور طلاقها ولم نر فيما اطلعنا عليه من كتب الفقه من عقب على هذه العبارة بغير هذا التعقيب مما يدل دلالة واضحة على ان ذلك هو هدف العبارة والمعنى المقصود منها لا يتعداه الى سواه ـ وبذلك يكون واضحا كل الوضوح أن القول بجواز تزوج الغير عليها فور طلاقها ، ليس معناه مطلقا ، ولا يستلزم اصلا لسقوط النفقة ، ما دامت لم ، تتزوج بغير مطلقها وما دامت لم تنقض عدتها من مطلقها بحيض أو غيره ، ولهذا نظائر وأشباه عدة فيما أورده الفقهاء عن الفروع فقد نصوا على أنه اذا كذبت المرأة مطلقها فى انقضاء عدتها فى مدة تحتمله فانه لا تسقط نفقتها وله نكاح اختها ، وقد علق ابن عابدين على هذا النص بقوله : « انه يتصور استحقاق النفقة لغير العدة فكأنها وجبت بسبب العدة وفى حقه بسبب آخر » جزء٢ ابن عابدين ص ٦٣٢ .

١٥٢/٤٦ اسيوط (٤٧/١/٩) م ش ٣٦٦/٢١

□■□

(المبدأ ٥٤) : الذمية مطلقة الذمى تعتد من طلاقه كالمسلمة - (فقه المسألة) .

حيث ان المنصوص عليه شرعا ، أن الحكم بين أهل الكتاب محل اختلاف بين الائمة ، وأن مدار بحثهم فى حكمى الآيتين الكريمتين ، فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ، « وان أحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم » وظاهر ذلك يقتضى معينين الأول تخليتهم واحكامهم من غير اعتراض عليهم ، والثانى التخيير بين الحكم أو الاعراض اذا ترافعوا الينا . فقال بعض السلف انهم اذا ترافعوا الينا ، فان شاء الحاكم حكم بينهم وان شاء أعرض عنهم وردهم الى دينهم ، وقال آخرون التخيير منسوخ ، ممتى ترافعوا الينا حكمنا بينهم من غير تخيير ، فمن أخذ بالتخيير الحسن والشعبى والنخعى والزهرى فى رواية . وفى رواية اخرى عن الحسن حلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم ، اذا ترافعوا الينا فأقيموا عليهم ما فى كتابكم . وروى سفيان عن الحكم عن مجاهد عن ابن عباس قال آيتان نسختا من سورة المائدة آية القلائد وقوله تعالى « فأحكم بينهم أو أعرض عنهم » فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخيرا ان شاء حكم بينهم بما انزل الله فى كتابه . وروى عثمان بن عطاء الخرسانى عن ابن عباس فى قوله تعالى « فان جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم » قال نسخها قوله تعالى « وان احكم بينهم بما أنزل الله » وكذلك روى سعيد بن جبير عن الحكم بن مجاهد عن سفيان عن السعدى عن عكرمة مثله ، قال ابو بكر فذكر هؤلاء أن قوله تعالى « وان حكم بينهم بما انزل الله » ناسخ للتخيير المذكور فى قوله تعالى « فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » ومعلوم أن ذلك لا يقال عن طريق الرأى والاجتهاد ، وانما طريقه التوفيق ، ولم يقل من اثبت التخيير للحاكم أن آية التخيير نزلت بعد قوله « وان أحكم بينهم بما أنزل الله » وان التخيير ناسخ هذا الحكم ، وانما حكى عنهم مذاهبهم فى التخيير بقوله « وان احكم بينهم بما انزل الله » يدل على ذلك قوله تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » ويحتمل أن يكون قوله تعالى « فان جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم » كان قبل أن تعقد لهم الذمة ويدخلون تحت أحكام الاسلام بالجزية فلما أمر الله تعالى بأخذ الجزية منهم ، وجرت عليهم احكام الاسلام ، أمر بالحكم بينهم بما انزل الله ، فيكون حكم الآيين جميعا ثابتا بالتخيير فى أهل العهد الذين لا ذمة لهم ، ولم تجر عليهم احكام المسلمين كأهل الحرب اذا هادناهم ، وايجاب الحكم بما انزل الله فى أهل الذمة الذين يجرى عليهم احكام المسلمين . وروى عن ابن عباس رضى الله عنه ما أيد ذلك صراحة روى محمد بن اسحاق عن

داوود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ان الآية التي في المائدة « فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » انما نزلت في الدية بين بني قريظة وبين بني النضير، وذلك أن بني النضير كان لهم شرف يرونه دية كاملة وان بني قريظة يرونه نصف الدية فتحاكموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله ذلك فيهم فحملهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحق في ذلك ، فجعل الدية سواء بينهم . ومعلوم أن بني قريظة وبني النضير لم تكن لهم ذمة قط . وقد أجلى النبي بني النضير وقتل بني قريظة عن آخرهم ، ولو كان لهم ذمة لما أجلاهم ولا قتلهم ، وانما بينهم وبينه عهد فقط فنقضوها ، فأخذ ابن عباس أن آية التخيير نزلت فيهم ، فجائز أن يكون حكمها باقيا في أهل الحرب من أهل العهد — وحكم الآية الأخرى من وجوب الحكم بينهم بما انزل الله تعالى باقيا في أهل الذمة ، فلا يكون فيهما نسخ ، وهذا تأويل سائغ مقبول . وقال الحنفية أهل الذمة محمولون على البيوع والمواريث والعقود على أحكام الاسلام كالمسلمين تماما الا في بيع الخمر والخنزير فان ذلك جائز فيما بينهم ، لأنهم مقرون على أن تكون لهم مالنا . وقال مالك الحاكم مخير اذا اختصموا اليه بين ان يحكم بينهم بحكم الاسلام او يعرض عنهم فلا يحكم بينهم وكذلك قوله في العقود والمواريث وغيرها ، واختلف الحنفية فيما بينهم في تناكحهم فقال أبو حنيفة هم مقرون على احكامهم لا يعرض عليهم فيها الا ان يرضخوا لأحكامنا ويترافعوا الينا فان رضي بها الزوجان حملا على أحكامنا حقا وان أبى أحدهما لا يعترض عليهم ، فاذا تراضيا جميعا حملا على أحكام الاسلام الا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة ، فانه لا يفرق بينهم وكذا اذا أسلموا . وقال محمد رضي الله عنه اذا رضي أحدهما حملا جميعا على أحكامنا وان أبى الآخر ، الا في النكاح بغير شهود خاصة . وقال ابو يوسف رضي الله عنه يحملون على أحكامنا وأن أبوا جميعا الا في النكاح بغير شهود خاصة . ومن ذلك يبين جليا أن أهل الذمة اذا ترافعوا الينا عاملناهم بمقتضى أحكام شريعتنا باجماع ائمتنا ونزلوا على احكامنا اذا ترافعوا الينا في قولهم جميعا ، ولا نزاع في أن القضية بين أهل الذمة وقد ترافعوا الينا فنحكم بينهم بما أنزل الله ، والخلاصة في موضوع الدعوى أن الذمية اذا بانت من زوجها تبين الى لا عدة او تعتد كالمسلمة ؟

والذي يؤخذ من النصوص الفقهية وجرت عليه أحكام المحاكم وأيدتها الدوائر الاستئنافية المختلفة ، أن الذمية تعتد كالمسلمة ، وانها اذا اعتدت وجبت لها النفقة على مطلقها ، فقد جاء باب المهر وفي باب مهر الذمية . نكح ذمي ذمية أو حربي حربية بميتة أو بلا مهر بأن سكتا عنه او نفياه ، وهذا جائز عندهم فوطئت او طلقت قبله أو مات عنها فلا مهر لها — و لو اسلما

او ترافعا الينا لأنا امرنا بتركهم وما يدينون ترك اعراض لا ترك تقرير ثم قال وبقية الأحكام اى أحكام النكاح ثابتة فى حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة فى النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما كعدة ونسب وخيار بلوغ وتوارث بنكاح صحيح وحرمة مطلقة ثلاثا ونكاح محارم ونحو ذلك . قال ابن عابدين عندئذ فى قوله العدة اى لو طلقها وامرها بلزوم بيتها الى انقضاء عدتها ورفع الأمر الينا حكمنا بذلك وكذا لو طلبت نفقة عدة الزمناه بها وذلك لأن أمرنا أن نطبق عليهم أحكام ديننا اذا ترافعوا الينا تحقيقا لقوله تعالى (فاحكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم) ، وقد سوى الأحناف بين الذمية والمسلمة فى الحكم وذلك فيما يأتى اذا طلق الذمى زوجته الذمية ثم رفعت امرها الى القاضى طالبة التفريق فانه يفرق بينهما اجماعا لأن هذا التفريق لا يتضمن ابطال حق على الزوج لأن الطلقات الثلاثة قاطعة لملك النكاح فى الأديان كلها قال ابن عابدين لكن المشهور الآن أن أهل الذمة لا طلاق عندهم ولعله مما غيروه فى شرائعهم ثم قال كما لو خالعها ثم اقام معها من غير عقد فانه يفرق بينهما والوطء بعده حرام فى الأديان كلها . ومن ذلك يتبين أن المطلقة الذمية تعتد على الصحيح فى المذهب وتجب لها النفقة كالمسلمة .

١٣٣١/٥٠ س ك اسكندرية (٥١/٤/١٦) م ش ٢٢٢/٢٢

□■□

(المبدأ ٥٥) : انقضاء العدة مما تستأثر المطلقة بعلمه .

اذا صدر حكم بتقرير نفقة عدة لمطلقة ثم اعترفت بعده فى قضية اخرى بما يفيد انقضاء عدتها قبله فللمحكوم عليه (مطلقها) أن يتمسك به فى دعوى اسقاط تلك النفقة و لايمنعه ذلك عدم دفعه به وقت الفرض لأنه لا يعلمه – وهو مما تستأثر المطلقة بعلمه – فهو معذور .

٢٧/٣٩٩ الجمالية (٢٨/٣/٣) م ش ٣١٥/١

□■□

(المبدأ ٥٦) : وفاة المعتدة لا يمنع من فرض النفقة لها الى تاريخ وفاتها وأمر مطلقها بأداء ما يفرض الى ورثتها الذين حلوا محلها .

وحيث انها تستحق النفقة عن المدة المطلوبة ، وان كانت متوفاة ، عملا بالقانون الذى اعتبر النفقات دينا صحيحا . وحيث قام ورثتها مقامها وطالبوه بفرضها وقدموا الاعلام الشرعى الدال على انحصار ارثها فيهم .

٢٢/٧٨٣ ك س مصر (٢٥/٦/١) م ش ٤٥٣/٢

□■□

(المبدأ ٥٧) : التنازل عن النفقة المفروضة باقرار كتابى .

نفقة العدة المفروضة اذا حصل التنازل عنها باقرار كتابى يكون من ادلة صحة صدوره استلام المقرة مؤخر صداقها لدلالة العرف على كون المراة لا تسلم مؤخر صداقها الا اذا كانت قد تنازلت عن الحكم الصادر بنفقة عدتها خصوصا اذا كان قد تكرر طلبها تاجيل القضية لابداء ملاحظاتها على ورقة الاقرار المذكور ولم تبادر الى انكار توقيعها عليه .

٣/٢٠٣١ ك س مصر (٣١/٩/٢٢) م ش ٧٥/٢

□■□

(المبدأ ٥٨) : قيام العدة غير مانع من فرض اجر الحضانة مادام الطلاق على الابراء .

الفقهاء اختلفوا فى القول بوجوب اجرة الحضانة لمن هى فى عدة مطلقها فمن قائل بالوجوب مطلقا سواء أكانت العدة عن طلاق رجعى او بائن . لأن المراد فى وجوبها على كون الحاضنة أهلا للحضانة . ومن قائل بعدم الوجوب مطلقا سواء أكانت العدة من طلاق رجعى او بائن . وحجتهم فى ذلك ان العدة أثر من آثار النكاح فمادامت باقية فهى موجبة لما أوجبه النكاح من النفقة وغيرها . ومن قائل بالتفرقة بين الطلاق الرجعى والبائن من حيث الأثر المترتب على كل منهما ، اذ الطلاق الرجعى ليس له من قوة على فصم عقدةالنكاح لقيام النكاح معه من كل وجه بخلاف البائن لأنه مزيل للنكاح وان بقيت آثاره بالعدة القائمة ، ورتب على هذه التفرقة ان اوجب اجرة الحضانة لمعتدة البائن دون الرجعى . وفى اعتقادى انها تفرقة لها نصيب من قوة الدليل ورجحان الحجة ، فالطلاق البائن جاء قاطعا لصلة النكاح فكانت معتدته من غير ما شك اجنبية من الزوج بعده . على انى احس بان الفقهاء لاحظوا فى عدم وجوب أجرة الحضانة للزوجة ولمعتدة الرجعى امرا معنويا وان لم يصرحوا به ، ذلك أن قيام الزوجية من شانه ان يكون موجبا للرافة والرحمة بين الزوجين فلا غضاضة على الزوجة ولا على معتدة الرجعى من القيام بحضانة ولدها الذى تعيش فى كنف ابيه او تامل الرجوع اليه، ولا كذلك معتدة البائن فهى بطبيعتها حانقة على زوجها الذى انف البقاء معها ، فليس عدلا وقد فجعها فى هنائها أن نلزمها بخدمة ولده والسهر على مصالحه دون أن نعوضها، عن ذلك أجرا .عن أن الذين قالوا بعدم وجوب أجرة الحضانة لمعتد البائن عللوا قولهم بانها ما دامت فى العدل فالنفقة بجميع أنواعها واجبة لها على مطلقها والد الصغير ، فلو اعطيت أجرا على الحضانة (واجر الحضانة له وجه شبه بالنفقة لأنه ليس اجرا من كل وجه) لا جتمع لها بهذا نفقتان .

وحيث ان المدعية قررت انها لازالت فى العدة الا انهـا مطلقـة على الابراء من نفقة العدة فتكون غير مستحقة للنفقة على والد الصـغير واذن فتكون العلة التى من أجلها كان القول بعدم وجوب أجرالحضانة لمن هى فى العـدة قد انعدمت ولم يبق لها أثر ، ولم أر لمن قال بعدم الوجوب علة غير ذلك وقد نص الأصوليون على أن انتفاء العلة المتحدة موجب لانتفاء المعلول وهو القول بعـدم الوجوب . وحيث ان أجر حضـانة الصغير على من تجب عليه نفقته ، لا مانع من الحكم به .

٣٣/٥٦٢ الأقصر (٣٤/٣/٨) م ش ٩٤١/٥

□■□

(المبدا ٥٩) : اذا دفع المطلق نفقة العـدة لمطلقتـه مختارا بعـد ان رفضت دعواها نهائيا فلا حق له بعد ذلك فى طلب رد ما دفعه استنادا الى الحكم برفض دعواها لأن صنيعة السابق يتضمن اعترافه باستحقاقها لمـا دفعه اليها .

الحكم الشرعى يقضى بأن ما دفع لنفقة الزوجة أو المعتدة لا يسترد حتى ولو كان عن مدة مستقبلة ، فما دفع عن مـدة ماضـية مسـتحقة كاعترافه فى الورقة لا يسترد من باب أولى . . أما القاعدة الشرعيـة ــ أن من دفع شيئا ثم تبين أنه غير واجب عليه فله اسـترداده ، لا تنطبق على موضوع الدعوى لأن المدعى على فرض أنه دفع اليها هذا المبلغ انما دفعـه وهو معترف باستحقاقها له نظير نفقة العدة .

٣٥/٢٢٢٤ طنطا (٣٧/١/١٢) ت س م ٢٨٠/٧/٨

□■□

(المبدا ٦٠) : يعتبر المطلق متبرعا بما زاد عن نفقة العـدة من باقى نفقة السنة اذا انقضت العدة قبل انتهاء السنة وكان قد عجلها .

يعتبر المطلق متبرعا بما زاد عن نفقة العدة من نفقة باقى السـنة اذا انقضت العدة قبل انتهاء السنة وكان قد عجلها لها .

٣٧/١٣٢٩ ك س مصر (٣٨/٤/٣) م ش ٥٢٤/٩

□■□

(المبدا ٦١) : اذا صالح المطلق مطلقته على نفقة العدة وكانت العدة بالأشهر صح الصلح خلافا لماذا كانت بالحيض فانه لا يصح للجهالة .

يقضى الفقه ان المطلق اذا صالح مطلقته على نفقة العدة وكانت العـدة

بالأشهر صح الصلح وان كانت العدة بالحيض لا يصح للجهالة لاحتمال ان يمتد الطهر بها كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من الدر المختار ورد المختار ص ٩٢٢ وما قضت به المادتن السابعة عشرة والثامنة عشرة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية المتضمن المنع من سماع دعوى نفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق ، وتنفيذ حكم بنفقة عدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق متفق مع هذا لأن المنع من المطالبة بنفقة العدة بعد سنة من تاريخ الطلاق لا يجعل العدة معلومة ولا يدفع الجهالة لاحتمال انقضاء العدة بالحيض قبل مضى سنة فلازالت الجهالة قائمة .

٣٧/١٥٧ ك س بنى سويف (٣٨/٥/١٨) م ش ٦٢٩/٩

□■□

(المبدأ ٦٢) : لا يصح الابراء من نفقة العدة قبل الطلاق ـ وقبل ان تصير دينا فى الذمة .

الابراء من نفقة العدة قبل حصول الطلاق غير صحيح ، اذ لا يمكن اعتباره من قبيل براءة الاستيفاء ، حيث لابد فيها من العوض ، ولا معاوضة هنا ، مادام الطلاق لم يقترن بها ، ولا يمكن اعتباره من قبيل براءة الاسقاط لأن الابراء فيها يكون قاصرا على الحقوق الثابتة فى الذمة وقت حصوله ونفقة العدة لا تكون دينا فى الذمة قبل الطلاق .

٤٤/٢٣ الخليفة (٤٤/٢/١٠) م ش ٢٦١/١٠/١٦

□■□

(المبدأ ٦٣) : يشترط لصحة البراءة من نفقة العدة (١) ان ينص عليها صراحة او ضمنا بعبارة تشملها وقت حصول الابراء ، (٢) وان يكون الابراء مبنيا على طلب الطلاق ، (٣) وأن يتحد مجلس الطلاق والابراء ، (٤) وان يقع الطلاق فور الابراء .

من يتتبع كلام الفقهاء وفروعهم فى مسألة الابراء من نفقة العدة ، يتبين منها أنه يشترط لصحة الابراء منها : ان ينص على ذلك صراحة او ضمنا بعبارة تكون بعمومها واطلاقها مما يندرج تحتها نفقة العدة وتكون العبارة المذكورة شاملة لها وقت حصول الابراء ، وان يكون الابراء مبنيا على طلب الطلاق . وان يتحد مجلس الطلاق والابراء . وان يقع الطلاق فور الابراء ، جاء بالجزء الثانى من ابن عابدين ص ٥٧٥ ما يأتى (قال فى الفتح اذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة مادامت فى العدة لأنها لم تكن لها حق حال الخلع فقد ظهر أن تسمية كل حق للنساء صحيحة

وتنصرف الى القائم لها اذ ذاك وعلى هذا ابن عابدين بقوله نعم لو قالت من كل حق للنســاء على الرجال قبل الخلع وبعــده فان النفقة تسقط) وجاء بالجزء الثانى نفسه باب الخلع ص ٥٨١ ما يأتى (اختلعت بتطليقة بائنــة على كل حق يجب للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده ولم تذكر الصداق ونفقة العدة تثبت البراءة عنهما لأن المهر ثابت قبل الخلع والنفقة بعده وانه اذا لم يكن الابراء مبنيــا على طلب الطلاق لم تسقط النفقة وان طلقها عقبه وانه اذا طلب ابراءها له من المهر والنفقة صريحا لتطليقها فأبراته وطلقهــا فورا بصح الابراء ، لأنه بعوض وهو ملكها نفسها ، فكأنها استوفت النفقة باستيفاء بدلها والاستيفاء قبل الوجوب يصح .

٥٠/٦٩٥ طهطا (٥٠/١١/١٩)　　　　م ش ٦٥٧/٢٢

□■□

(المبدأ ٦٤) : الابراء من نفقة العدة بورقة عرفية قبل تاريخ الطلاق .

اذا ابرات الزوجة زوجهــا من الحق والمســتحق وكل ما لهــا طرفه بمقتضى ورقة عرفية قبل تاريخ الطلاق لم تسقط نفقة العدة لعدم تحقق الشروط عنها (راجع البند السابق) .

٥٠/٦٩٥ طهطا (٥٠/١١/١٨)　　　　م ش ٦٥٥/١١

□■□

(المبدأ ٦٥) : منع المطلقة قانونا من الاستيلاء على نفقة العدة لاكثر من سنة من تاريخ الطلاق لا يعد تحــديدا للعدة بســنة والا كان نســخا للقرآن

لم يرد فى مدة العدة المحددة شرعا أنها تنقضى لسنة ، اذ لو صح هــذا لكان نسخا لأحكام الشريعة وانما تحديد السنة الوارد فى المادتين رقم ١٧ ١٨ ق ٢٥ ؟ سنة ١٩٢٩ ــ بشأن عدم سماع الدعوى فى نفقة العدة فيما زاد على سنة ومنع تنفيذ حكم النفقة لمدة زائدة على سنة من تاريخ الطلاق انما ذلك مبنــاه ان لولى الأمر حق منع القضاء من ســماع بعض الدعاوى التى شاع فيها التزوير والاحتمال ولم يكن هذا التحديد تقوية لقــول ضعيف فى المذهب أو أخذا بقول من المذاهب الأخرى حتى يكون مصــدره شرعيا وانما معناه ومأخذه ما ثبت من تقرير الطبيب الشرعى وهو ان أقصى مدة الحمل سنة فرأت الوزارة الأخــذ بهذا التحــديد منعا لتلاعب المطلقات واحتيالهن لأخذ نفقة عدة بدون حق (راجع المــذكرة التفســيرية القانون المشار اليه عند الكلامعلى المادتين المشار اليهما) وبما ان هذا لا يعد شرعا

تحديدا لمدة العدة والا لكان نسخا لما هو ثابت بالقرآن . وتحديد مدة العدة مما لا يحتمل الاجتهاد ولذلك اشار المشرع حين وضع المادتين المذكورتين الى أن قصده منع المطلقات من الاستيلاء على نفقة العدة لأكثر من سنة ولم يقل في تشريعه ان السنة هى مدة العدة .

٥١/٣٠٩١ السيدة (١٥/١/٢٨) م ش ٢٤٨/٢٤

□■□

(المبدا ٦٦) : تعجيل ما يدفع نفقة للعدة لصاحبة العدة لا يمنع من تقدير نفقة تفرض لها على أن يحتسب منها ما صار تعجيله .

وبما ان الحكم المستأنف غير صحيح لأن المادتين ١٧ ، ١٨ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ لم تحددا مدة العدة لصاحبة العادة ، وانما منعت من سماع الدعوى وعدم تنفيذ الحكم بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق فبقى زمن اثباتها مجهولا فى الواقع ونفس الأمر ، فقد تنتهى فى اقل مدة مقررة شرعا لانتهائها ، وقد تنتهى قبل السنة بقليل ، وقد لا تتم العدة، الا بعد السنة ، فلم يزل الحكم الفقهى فى هذه الحادثة من انه صلح على مجهول قائم ـ لهذا فرض للمدعية نفقة حتى تنتهى عدتها منه شرعا .

ق ٣٠/٢٥٤٨ ك س مصر ح (٣١/١٢/١٤) م ش س ٤٧١/١١

□■□

(المبدا ٦٧) : تعتد عروس المفقود بعد الحكم بوفاته ـ ان كانت عدة وفاة .

المفقود لا يعتبر ميتا الا بعد حكم القاضى بموته وانه بعد الحكم تعتد عروسه (ان كانت عدة الوفاة) .

٢٨/١١ الصحراء الجنوبية (٣٩/٥/١٨) م ش ٨٢٧/١٠

□■□

(المبدا ٦٨) : زوجة المفقود تعتد عدة الوفاة من تاريخ الحكم بموته.

لا يعتبر المفقود ميتا بحيث تعتد زوجته عدة الوفاة ولا تستحق ورثته تركته مهما طالت غيبته الا بعد حكم القاضى بوفاته ، فبعد ذلك تعتد زوجته عدة الوفاة من تاريخ الحكم وتقسم تركته على الورثة الموجودين وقت الحكم .

٢٩/٢٣٩ ك س مصر (٣١/١/٢١) م ش ٨٤٩/٢

□■□

(المبدأ ٦٩) : آجل الصداق لا يحل للمعتدة الا بعد خروجها من عدته .

لا يحل للمعتدة دين آجل الصداق للموت أو الطلاق الا بعد خروجها من عدته شرعا بعد الطلاق الرجعى على القول الراجح فى المذهب .

٥١/٢٠٩١ السيدة (٥١/١/٢٨) م ش ٢٤/٢٤٨

□■□

(المبدأ ٧٠) : خلوة الصبى المراهق صحيحة وتجب بها العدة .

الصبى اذا بلغ الاثنى عشرة سنة كان مراهقا وخلوته صحيحة وتجب بها العدة كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار ص ٣٤٧ فوقاعه ممكن ويكفى فى حصوله الايلاج ولو لم تصحبه الشهوة وذلك لأن أعضاء التناسل تكون فى هذه السن ذاهبة الى نموها ويحصل النشاط التناسلى من حين الى آخر بسبب تهييج الدم خصوصا اذا لاقت الملامسات التى توقظ الاحساس من غفلته .

٢٩/٩٨ العياط (٣٠/١/٦) م ش ١/٥٣٠

□■□

(المبدأ ٧١) : اذا ادعى انقضاء عدتها ولم يثبت ورفضت دعواه ثم ادعى وراثته لها بعد الوفاة وانها ماتت وهى فى العدة يكون متناقضا ولا تقبل دعواه هذه للتناقض .

حيث أنه ادعى انقضاء عدتها قبل موتها فيكون مقرا بالبينونة ، وانقطاع سبب الارث بينهما وان كذبته هى فى دعواه هذه . وحيث أنه قد عاد الى تصديقها بعد موتها وطلب الحكم بوراثته لها وهو متهم فى هذا التصديق ومتناقض مع دعواه الأولى فلا يقبل منه ولا يرث عملا بالنصوص الفقهية الآتية : جاء فى باب طلاق المريض من شرح الدر وحاشية ابن عابدين (ادعت عليه مريضا أنه أبانها فجحد وحلفه القاضى فحلف ثم صدقته ومات ترثه لو صدقته قبل موته لالو بعده) (قال ابن عابدين « هذا انما يظهر لو ادعت ان الابانة كانت فى الصحة لأن دعواها حينئذ تتضمن اعترافها بأنها لا ترث منه لكونه غير فار أ. هـ. ») وجاء فى تكملة ابن عابدين والهندية والخانية فى باب اقرار المريض أنها لو أقرت له بالنكاح وماتت فصدقها بعد موتها لم يصح تصديقه ولا يرث منها عند أبى حنيفة وهو الراجح كما يفهم من مراجعة هذه النصوص ـ فاذا لوحظ أن الاقرار ببقاء العدة فى معنى الاقرار بالزوجية كان تصديقه لها بعد موتها غير مقبول ، ولا غضاضة فى أن

تكون مستحقة للنفقة عليه ، عملا بانكارها انقضاء العدة مع حرمانه من الميراث ، عملا باقراره بانقضاء عدتها قبل موتها ، لأن العمل بخبريهما فى مثل هذا الشأن جائز ومنصوص عليه شرعا . وجاء فى آخر باب العدة من شرح الدر وحاشية ابن عابدين نقلا عن فتح القدير ان الزوج اذا قال اخبرتنى بأن عدتها انقضت وكذبته فان كان فى مدة تحتمله فلا تسقط نفقتها وله أن يتزوج باختها لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه . قال ابن عابدين « والحاصل انه يعمل بخبريهما بقدر الامكان ، بخبره فيما هو من حقه وحق الشرع ، وخبرها فى حقها كوجوب النفقة أ. هـ » . وما دام لم يقم دليل على ترجيح خبر احدهما فيعمل بخبريهما بقدر الامكان على ما تقدم ، ويعامل هو باقراره فلا يرث منها . أما القول بان التناقض قد ارتفع بتكذيب الحاكم له وذلك برفض دعواه انقضاء العدة فليس فى مثل هذه الحادثة ، لأن رفض الدعوى ليس فيه تكذيب له غايته عدم الحكم بما طلب ـ وقد تبين مما نقل عن ابن عابدين فى باب طلاق المريض انها لما ادعت الابانة وجحد ثم حلف ولم يحكم بالابانة أن ذلك لم يعتبر تكذيبا لها حتى لم يقبل تصديقها له بعد الموت لبقاء التناقض، ولو كان عدم الحكم بالبينونة مكذبا لها فى دعوى البينونة لقبل تصديقها له بعد الموت وارتفع التناقض . وقد مثل الفقهاء لتكذيب الحاكم بما اذا ادعى عليه انه كفل مديونه فانكر الكفيل فبرهن المكفول له وحكم بالكفالة واخذ المال من الكفيل بهذا الحكم ثم أراد الكفيل الرجوع على المدين فبرهن على أنه كفل عنه بامره يقبل، ويرجع على المديون بما كفل وان انكر الكفالة فى دعوى الدائن عليه ، لأنه لما قضى بصحة الكفالة عليه صار مكذبا شرعا بالقضاء . وكذا اذا استحق المبيع من المشترى بالحكم يرجع على البائع بالثمن وان كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار المشترى مكذبا شرعا باتصال القضاء به (راجع حاشية ابن عابدين فى باب التناقض من التكملة) وعلى هذا فدعوى المدعى أنه من ورثة المتوفاة متناقضة مع دعواه انقضاء العدة بالحيض قبل موتها ولا يرفع هذا التناقض بتصديقه لها بعد الموت للتهمة .

٣٦/١٢٥٨ طنطا (٣٦/٥/٤٠) ت س م ش ٤٤٣/٩

□■□

(المبدأ ٧٢) : اعتداد المطلقة فى المسكن الذى كان مضافا الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية حق للشرع فلا يجوز العدول عنه الا لعذر .

وحيث أن حق اعتداد المطلقة فى المنزل الذى كان مضافا اليهما بالسكنى حال قيام الزوجية بينهما انما اوجبه الشرع مبالغة فى صيانة بناء

الأسرة من ان تعصف به الأهـواء وأملا في رأب صـدعه بتراثي الزوجـين وذكرهما ماضيا قد يكون فيه من السعادة ما يدعوهما الى استعادة هنائهما به وان لم يكن شيء من هـذه الرغبة لطمأن الزوج الى حرثه أن يسقيه من ليس يأبى حلوله ، ففترة الاعتداد في نظر الشارع مكملة للحياة الزوجيـة ولذا كانت جميع مؤنهـا على المطلق كمـا كانت عليـه من قبل حال قيـام الزوجية . ومن ذلك كله يتبين السر في أن حق الاعتداد في المنزل الـذى ذكرناه آنفا حق للشرع لا يجوز للمرء العدول عنه الا لعذر من الأعذار .

٣١/٦٧ شرعي (٥/١٢/٦٧)   م ش ٤/٥٨

□■□

(المبدأ ٧٣) : اذا طلق الرجل امرأته رجعيا ثم مات عنها بطلت عـدة الطلاق ولزمها عدة الوفاة .

اذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا ثم مات عنهـا بطلت عدة الطلاق عنها ولزمها عدة الوفاة لأن النكاح قائم بينهما بعـد الطلاق الرجعي فكان منتهيا بالموت ، وانتهاء النكاح بالموت يلزمها عدة الوفاة ، ولأن العـدة بعد الطلاق الرجعي بالحيض لا يزول الملك بها وقد زال بالموت فعليها العدة التى هي من حقوق النكاح وهي عدة الوفاة ، وان كانت بائنة منه في الصحة بوجه من الوجوه لم تنتقل عدتها الى عدة الوفاة لأن النكاح ما انتهى بالوفاة هنا وهو السبب الموجب لعدة الوفاة لأن الله تعالى قال ويذرون أزواجا وهذه ليست بزوجة له عند وفاته حتى لا ترث منه بالزوجية شيئا فلا يلزمهـا عدة الوفاة ايضا . (راجع المبسوط للامام السرخسي ص ٣٩ ج ٦) .

□■□

(المبدأ ٧٤) : اذا ثبتت ولادة المطلقة رجعيا أو بائنا لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق وهي مكلفة ولم تقر قبل ذلك بانقضـاء عدتها ـ اعتبرت الولادة نهاية عدتها ـ ولا حق لها في النفقة من تاريخ ولادتها ، وتبرأ منهـا ذمة مطلقها .

يقضي الفقه بأن المطلقة رجعيا أو بائنا اذا كانت مكلفة وقت الطلاق وولدت لأقل من سنتين بعد الفرقة ، ولم تكن قد أقرت بانقضاء العدة ثبت نسب المولود ، وتنقضي به العدة ، لأن ذلك يحمل على أنهـا علقت به قبل الطلاق لا بعده ـ لأن الرجعة لا تثبت بالاحتمال والشك بخلاف النسب . ومن حيث أن المدعي عليها حصرت دليل الرجعة في الوضع ، ولم تـدع

رجعة غير هذا الطريق قبل الوضع ، ولا زواجا بعدم فتكون العدة قد انقضت بالوضع فتسقط نفقة العدة بهذا الوضع .

٩٦٦/٣٣ الجمالية (٢٦/٢/٢٤) ت س م ش ٨/٤/٢٣٠

□■□

(المبدأ ٧٥) : عدة المطلقة ــ المنازعة في مضى مدتها ــ القول قولها بيمينها .

الراى عند الحنفية أنه اذا ادعى المطلق بمضى عدة مطلقته وكذبته ، قبل، قولها بحلفها ــ اذا الحيض والطهر لا يعلم الا من جهتها والقول فيه قولها بينها .

نقض ١٨/٢٥ ق (٦٧/٣/٢٩) س١٨/٦٩٢

□■□

عـرف

(المبدأ ١) : العرف فى مسائل الأحوال الشخصية معتبر اذا عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب .

العرف يعتبر اذا عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب ، اذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف ، فيه تضييع حقوق كثيرة ، دون ان يكون فى ذلك مخالفة للمذهب .

نقض ٣٩/٧ ق (٧٣/٢/١٤) س ٢٤/٢٥٢

□■□

(المبدأ ٢) : العادة والعرف لهما اعتبار وكل زمن له عرفه وعاداته .

ان العادة والعرف لهما اعتبار وكل زمن له عرفه وعاداته فكانت العادة فى السير فى الزمن الأول المشى على الأقدام وركوب السفن الشرعية فى البحر ولم يوجد عرف خلافه ، فاعتبر السير فى ذلك الزمن بعرفة وعاداته . فالحكم بنى على العرف والعادة وان تغير هذا العرف وأصبح المعتاد فى السير الآن ركوب القطارات البخارية والسيارات الحديثة فى البر والسفن البخارية فى البحر والطرفان الأن فى جهات اعتبر فيها السير بذلك من زمن بعيد .

٣٠/٢٩٩ ببا (٣١/٥/٢٥) ت س م ش ٢/١٦٦!

□■□

(المبدأ ٣) : التخصيص بالعرف والعادة عمليا او قوليا حجة عند الحنفية .

استقر العرف على ان الأدوات شرط فى شرعيته المسكن ، وخلوه منها مزيل لشرعيته، ، وجرى العمل على ذلك ، مع ،أن هذه الأدوات بعضها يرجع الى نفقة الطعام وبعضها يرجع الى الكسوة ، ولكن هذه الحقيقة تركت بدلالة العادة ، والتخصص بالعرف والعادة عمليا او قوليا حجة عند الحنفية فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا .

٥١/١١٨ ك س المنيا (٥١١/٦/٢٠) م ش ٢٢/٤٨٣

□■□

(المبدا ٤) : العرف لا يختلف باختلاف الزمان والمكان فقط بل يختلف ايضا باختلاف الناس انفسهم .

العرف لا يختلف باختلاف الزمان والمكان فقط ، بل يختلف أيضا باختلاف الناس أنفسهم ، والعادة تعتبر اذا اطردت وغلبت ، واستمرار العرف غلبته ، وقد نص الفقهاء فى كثير من الأحكام بأن الحكم فيها يبنى على العرف والعادة ؛ ولا جائز أن يبنى الحكم على عرف زمن دون زمن أو مكان دون مكان ، أو عرف أناس دون آخرين اذن يعتبر السير حسب العرف اليوم .

٣٠/٢٢٩ ببا (٣١/٥/١٥) ت س   م ش ١٦٦/٣

□■□

(المبدا ٥) : العرف وتولى المراة عقد زواجها بنفسها .

ان العرف والعادة جريا على أن المراة لا تتولى عقد زواجها بنفسها الا اذا فقدت أهلها أو كان بينها وبينهم من الحزازات والخصومات ما استحكمت حلقاته .

٣١/٧٣٠ كرموز (٣١/٣/١٩) ت س   م ش ٣٥٣/٥

□■□

(المبدا ٦) : جرى العرف على أن لا تذهب الزوجة الى منزل زوجها من تلقاء نفسها وخاصة اذا كان النزاع قائما بين الزوجين .

العرف العام فى الديار المصرية على ان المراة لا تذهب الى بيت زوجها من تلقاء نفسها وبالأخص اذا كان النزاع بينهما قائما والقول بغير ذلك يبعد عن الجد ، وعليه لا تكون الزوجة ناشزا حتى يطلبها الزوج لمعاشرته فى مسكن قام الدليل على انه شرعى ، ثم تمتنع بعد بغير حق ، أما أن يتركها حتى تحضر اليه بنفسها راغمة فذلك اذلال للزوجة وأهلها لا تقره الشريعة الغراء وتكون دعوى النشوز فى الحالة الأخيرة لا يراد بها الا الامعان فى الكيد للزوجة بقطع نفقتها دون أن يكون فى حاجة الى عشرتها .

٣٥/١٨٤٠ ك س مصر (٣٦/٦/٤)   م ش ٤٣٢/٩

□■□

(المبدا ٧) : العرف ونفقة الزوجة .

جرى العرف والعادة على أن نفقة الزوجة ما دامت مقيمة فى منزل زوجها كانت نفقتها فى ماله .

٣٩/٦٩ بنى سويف (٣٦/٣/١٧) ت س   م ش ٢١٦/٨

□■□

(المبدأ ٨) : جرى العرف على أن الآباء انما يقصدون بالكفالة بنفقة زوجات ابنائهم ، اعطاءهن الاطمئنان عند الوصول الى نفقتهن .

جرى العرف على أن الآباء انما يقصدون بالكفالة بنفقة زوجات ابنائهم اعطاءهن الاطمئنان عند الوصول الى نفقتهن، حتى اذا تعذر عليهن الحصول عليها من ازواجهن رجعن على ابائهم بها وضمنهم وليس قصدهم بها اعطائهن الحق فى مطالبتهم بالنفقة مع قدرتهن على الحصول عليها من أزواجهن ـ فهذه كفالة مشروطة عرفا بعدم قدرة الزوجة على الحصول على نفقتها من زوجها وهو شرط ملائم يصح تعليق الكفالة به ـ والمعروف عرفا كالشروط شرطا .

٤٢/١٣٦٧ منوف (٤٤/١/١٢) م ش ١٧٦/١٩

□■□

(المبدأ ٩) : القول الفصل فى تحديد الكسوة هو العرف والعادة .

ابان الفقهاء أن بعض الأحكام الشرعية تخضع فى تحديدها للعرف الذى عليه يدار الحكم ـ الأمر الذى جعل الشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان ملائمة فى مختلف أوقاتها ، لذلك تراهم يقولون عند الكلام على الكسوة أنها تختلف باختلاف العادات والاماكن حرا وبردا (ابن عابدين جـ٢ باب النفقة عند قول صاحب التنوير ، وتزاد فى الشتاء ـ وقول صاحب الدر وليس عليه خفها . ومن حيث ان العادة عامة أو خاصة تجعل حكما لاثبات حكم شرعى (المادة ٣٦ مجلة الأحكام العدلية) ومن حيث ان الأحكام تبنى على العرف فيعتبر فى كل اقليم وفى كل عصر عرف أهله : ابن عابدين جـ ٤ باب الحقوق ـ فالقول الفصل فى تحديد الكسوة هو العرف والعادة .

١١٨ ك س المنيا (٥١/٦/٢٠) م ش ٤٨٣/٢٢

□■□

(المبدأ ١٠) : العرف أن الزوج لا ينفق على زوجته النفقة الواجبة الا بعد زفافها .

ان العرف أن الزوج لا ينفق على زوجته النفقة الواجبة الا بعد انتقالها الى منزله بالزفاف .

٥١/١٤٤٦ السيدة (٥١/١٢/٢٦) ت س م ش ٦٨٤/٢٢

□■□

(المبدأ ١١) : كما ان لكل زمان عرفا يكون لكل مكان عرفا .

كما أن لكل زمان عرفا يكون لكل مكان عرفا ايضا : الا ترى أنهم قالوا فى البيع لو باع بدراهم أو دنانير فى بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف فى المالية والزواج انصرف البيع الى الأغلبية لأنه المتعارف ، فينصرف المطلق اليه ، فلو كان فى بلد آخر وكان الأغلب فيه غير الأغلب فى ذلك اعتبر ايضا .

٣٠/٢٩٦ ببا (٣١/٥/٢٥) ت س م ش ١٦٦/٣

□■□

(المبدأ ١٢) : اذا لم يطلب الزوج زوجته للانتقال الى بيته فانها تستحق عليه النفقة .

المقرر فقها أن الزوج اذا لم يطلب زوجته للانتقال الى بيته ، فانها تستحق عليه النفقة ـ وعللوا ذلك بأن النفقة حقها والانتقال الى بيته حقه وتركه المطالبة بحقه لا يمنعها من المطالبة بحقها (يراجع جامع الفصولين فى بحث النفقة) . اما القول بأن مجرد رفع دعوى الطاعة والسير فيها الى النهاية يقوم مقام دعوتها فقول جدلى لا يؤمن به قائله ولا يقبل أن يعامل به فى خاصة نفسه .

١٨٤٠/٣٥ س ك مصر (٢٦/٦/٤) م ش ٤٢٢/٩

□■□

(المبدأ ١٣) : العرف السائد فى هذا العصر تمكين الزوجين بمجرد عقد زواجهما .

ان العرف السائد فى هذا العصر تمكين الزوجين بمجرد عقد زواجهما من الاختلاط والخلوة والخروج معا الى دور اللهو والى اماكن الترفيه عن النفس .

١٤٠٦/٥١ السيدة (٥١/١٢/٢٦) ت س م ش ٦٨٤/٢٢

□■□

«غ»

غفلة

(المبدأ ١) : تعريف الغفلة والحكمة من توقيع الحجر على صاحبها .

لم يجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف صــاحب الغفلة (١) . فقال بعضهم أنه هو الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة الســفه ، على أنه ــ المتفق عليه ــ أنها من العوارض التى تعترى الانســان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وانما تنقص من قوة ملكات نفســية أخرى أخصها الادارة وحسن التقدير ، وقد يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى الى الرابح فيها ، أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصــالح الدائنين .

نقض ٥/٢٤ ق (٥٤/١٢/٢٣)

□■□

(المبدأ ٢) : توقيع الحجر للغفلة ــ مناطه .

الغفلة ــ على ما جرى عليــه قضاء النقض ــ هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الادارة والتقــدير ، ويترتب على قيــامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير ، وقد يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون ان يهتدى الى الرابح منهــا أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع. واذا كان الحــكم المطعون فيــه قد قضى بتوقيع الحجر على الطــاعن للغفلة مستندا فى ذلك الى قيامه بالتوقيع بختمه على أوراق بيضاء لكاتب عمومى استغلها فى بيع أملاك الطاعن ، وتوقيعه بختمه على ايصــالين باستلام أجرة عين يملكها دون أن يكون قد حل موعد استحقاقها، واذا كانت هذه التصرفات التى تضمنتها تقريرات الحكم ، ليس فيها اى مظهر من مظــاهر الاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الادراك وأن الطاعن ينخدع فى تصرفاته ومعــاملاته بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهــدد ماله بالضياع ، ولا تعــدو أن تكون

---

(١) الغفلة تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الادارة والتقدير . نقض ٢/٢٥ ق (٥٥/٤/٧) .

صادرة عن مجرد اهمال أو سهو فى التعامل بما يقع فيه الرجل العادى ــ لما كان ذلك ــ فان الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه .

نقض ٣٨/٢٠ ق (٧٢/١٠/٢٥) س ١٢١٦/٢٣

□■□

(المبدأ ٣) : تعريف الغفلة ــ استناد الحكم فى توقيع الحجر للغفلة الى تصرفات ترددت بين أم وولديهـا دون ان يكون فى تباينها مظهر من مظاهر الاضطراب أو دليل على الانقياد وعدم الادراك ــ قيام اعتبارات من شانها ان تدفع عن تصرفاتها شبه الاستئثار او التسلط عليها ــ صدورها عن مصلحة ارتأتها هى جديرة بالاعتبـار يجعل الحكم بالحجر مقاما على اساس يخالف القـانون .

الغفلة ــ على ما جرى به قضـاء النقض ــ هى ضعف بعض الملكات الضـابطة فى النفس ترد على حسن الادارة والتقـدير ويترتب على قيـامها بالشـخص أن يغبن فى معـاملاته مع الغير واذن فمتى كانت التصرفات التى اخذ الحكم المطعون فيه الطاعنة بهـا انما ترددت بينها وبين ولديها يحـدو الطاعنة فيها طابع الأمومة بمـا جبلت عليـه من العطف والرعاية تبعـا لما تستشعره هى تلقاءهما من أحاسيس الرضا والغضب دون أن يكون فى تباين هذه التصرفات معهما أو مع اى منهما مظهرا من مظاهر الاضطراب او دليل على الانقياد وعدم الادراك ، وكان البيع الصادر من الطاعنة لأحد ولديها قد برزته ــ على ما ورد فى الحكم المطعون فيه بأن ابنها المتصرف اليـه قد ادى عنها جميع الديون التى خلفا لهـا ابنها الآخر وقت وكالته ، فان قيـام هذا الاعتبار لدى الطاعنة من شأنه أن يدفع عن هذا التصرف شبهة الاستئثار او التسلط عليها مما ينأى به عنه مجال الغفلة سواء كان الثمن المقـدر للمبيع أقل من قيمتـه الحقيقية أو كان البيع قد حصل تبرعا من الطـاعنة لولدها المذكور طالما انها لم تصدر فى هذا التصرف الا عن مصلحـة تراها هى جديرة بالاعتبار ، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون قد استند فى قضـائه بتوقيع الحجر على الطاعنة للغفلة على أسـاس مخالف للقانون مما يستوجب نقضـه .

نقض ٢٦/٩٠ ق (٥٧/٤/١١) س ٤٠٤/٨

□■□

(المبدأ ٤) : جواز الاستدلال على انتفاء الغفلة باقوال المطلوب الحجر عليه اذا كشفت هذه الأقوال عن سلامة الادراك والتقدير .

ان الغفلة لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وانما تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الادارة والتقدير — وهى على هذا الوصف وان كان يرجع فى أثباتها أو نفيها لذات التصرفات التى تصدر من الشخص الا انه ليس ثمة ما يمنع من ان تستمد محكمة الموضوع أيضا الدليل اثباتا ونفيا من اقوال المطلوب الحجر عليه فى التحقيقات ومن مناقشتها له فاذا كشفت هذه الأقوال عن سلامة الادراك والتقدير أمكن الاستدلال بها على انتهاء حالة الغفلة دون ان يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ فى مفهومها أو فى تطبيق هذا المفهوم .

نقض ٢٦/٠١ ق — س ٩ ص ٧٦

نقض ٤٦/٢٣ ق — س ٢٩ ص ١٠٤٨

□■□

(المبدأ ٥) : كفاية توافر الدليل على قيام الغفلة قبل الحكم .

بيان تاريخ بدء قيام الغفلة ليس ركنا من اركان الحكم بالحجر بالغفلة وليس بواجب على المحكمة قبل القضاء بالحجر أن تتقصى بدء قيام هذا السبب ، بل يكتفى ان يتوافر قبل الحكم الدليل على قيامه :

نقض ٢٤/٥ ق — (٥٤/١٢/٢٣)

□■□

(المبدأ ٦) : الأصل ان تصرفات المطلوب الحجر عليه هى المصدر الذى يستمد منه الدليل على الغفلة .

متى كانت المحكمة قد استخلصت من مناقشة الشخص المطلوب توقيع الحجر عليه انه مضطرب فى أقواله وان حالته ليست من التوازن والاستقرار بما يبعدها عن الغفلة مما مفاده ان المحكمة رات من حالته ان كل ما به لم يكن الا ضعفا فى بعض الملكات الضابطة وهى ملكات حسن الادارة وسلامة التقدير مما يحتمل معه أن يغبن فى تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع مما قد يهدد أمواله بخطر الضياع ، وتلك هى حالة ذى الغفلة فانها اذ قضت بتوقيع الحجر عليه لا تكون قد خالفت القانون . ولا يؤثر على ذلك المصدر الذى استمدت منه المحكمة الدليل على الغفلة ذلك أنه وان كانت التصرفات التى تصدر من الشخص هى فى الأصل المصدر الذى تستمد منه الدليل على الغفلة

الا انه لا مانع من ان تستمد هذا الدليل من مناقشة المطلوب الحجر عليه امام المحكمة بغض النظر عن تصرفاته .
طعن ٥/٢٤ ق (٥٤/١٢/٣٠)

□■□

(المبدأ ٧) : تصرف ذى الغفلة او السفيه قبل صدور قرار الحجر .

التصرف الصادر من ذى الغفلة او من السفيه قبل صدور قرار الحجر لا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كان نتيجة استغلال او تواطؤ ، ويقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيصتصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من امواله، والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد الى التصرف فى اموالة الى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب . ومن ثم فلا يكفى لابطال التصرف أن يعلم المتصرف اليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه او غفلة بل يجب أن يثبت الى جانب هذا العلم قيام الاستغلال او التواطؤ بالمعنى السابق بيانه . كما لا يكفى لتحقق هذا الاستغلال توفر قصد الاستغلال لدى المتعاقد مع السفيه او ذى الغفلة بل يجب لذلك ان يثبت ان هذا المتعاقد قد استغل ذى الغفلة أو السفيه فعلا وحصل من وراء العقد على فوائد او ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون .
نقض ٢٩/٢٠٠ ق — س ١٥ ص ٧٠٦

□■□

(المبدأ ٨) : التصرف الصادر منذى الغفلة او من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر ـ قابليته للابطال . شرطه . الاستغلال او التواطؤ .

يكفى وفقا للمادة ١١٥ من القانون المدنى لابطال التصرف الصادر من ذى الغفلة أو من السفيه قبل تسجيل قرار الحجر ان يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط اجتماع الأمرين معا بل يكفى توافر احدهما والمقصود بالاستغلال هنا أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد الى التصرف فى ماله لمن يتواطأ معه علمه ذلك بقصد تفويت اثار الحجر المرتقب .
طعن ٣٠/٤٤٤ ق — س ١٦ ص ٨١٥

□■□

«ق»

قانـون

قضـاء

قـوامة

قانون

(المبدأ ١) : الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية .

الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية وعملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تصدر الأحكام فيها طبقا لما هو مدون بهذه اللائحة لأرجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة للمحاكم الشرعية (ومنها قانون الوصية وقانون المواريث) تضمنت قواعد مخالفة للراجح من هذه الأقوال فتصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد ــ ومؤدى ذلك انه ما لم تنص تلك القوانين على قواعد خاصة تعين الرجوع الى ارجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة وهو ما لا يجوز معه ــ وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم فى مسألة من المسائل انما أراد به المشرع أن يخالف نصا فى القرآن او السنة الصحيحة أو حكما اتفق عليه فقهاء المسلمين ــ واذا كان ذلك الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وطبق أحكام الردة على زواج الطاعنة الثانية بعد ردتها وقضى ببطلانه وامر بالتفريق بينها وبين الطاعن الأول محافظة على حقوق الله وصيانة لها من العبث وهى أمور لا تتصل « بحرية العقيدة » ولكن ما رتبه الفقهاء عليها من آثار ، فانه لا يكون قد خالف القانون او اخطأ فى تطبيقه .

نقض ٢٠/٣٤ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٨٤/١٧

□■□

(المبدأ ٢) تطبيق ارجح الأقوال فى مذهب ابى حنيفة ــ شرطه ، سكوت التشريعات الخاصة عن مواجهة حالة معينة .

ان ما توجبه المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من صدور الأحكام طبقا للمدون فيها ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة لا يصار اليه فى الأحوال التى ينص فيها قانون وضعى على قواعد خاصة ، واذ صدرت تشريعات متعاقبة خاصة بالوقف فانها تكون واجبة التطبيق ولا يلجأ الى فقه الحنفية الا عند سكوت هذه التشريعات عن مواجهة حالة معينة .

نقض ١٣/٤٠ ق (٧٦/٢/٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٣) : سريان احكام الشريعة الاسلامية او التقنينات المستمدة منها على جميع المصريين مسلمين او غير المسلمين .

احكام الشريعة الاسلامية والتقنينات المستمدة منها تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى شان المواريث وذلك على ما تقضى به المادة ٨٧٥ من القانون المدنى .

نقض ٢٧/٨٦ ق (٦٤/٤/١) س ٤٨٧/١٥

□■□

(المبدأ ٤) : مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين .

المنازعات المتعلقة بالمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة تصدر فيها الأحكام طبقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ولما هو مدون فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة .

نقض ٣٥/١٤ ق (٦٦/٤/٢٠) س ٨٨٩/١٧

□■□

(المبدأ ٥) : الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة .

الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة ، وتصدر الأحكام طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية واذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه الى أن الطاعنة والمطعون عليه غير متحدى الطائفة والملة وطبق فى شانهما احكام الشريعة الاسلامية ولم يعتد بالتغيير الحاصل أثناء سير الدعوى فانه بذلك ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ لا يكون قد خالف القانون او اخطأ فى تطبيقه اذ العبرة باتحاد الطائفة والملة أو اختلافهما وقت رفع الدعوى ما لم يكن التغيير الى الاسلام .

نقض ٣٤/٢٩ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٦٢/١٧

□■□

(المبدأ ٦) : تطبيق شريعة المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة فى نطاق النظام العام .

تنص الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية على انه « اما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم » .. ولفظ « شريعتهم » التى تصدر الأحكام طبقا لها فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات ملية منظمة — وعلى ما جرى به قضاء النقض — هو لفظ عام لا يقتصر مدلوله على ما جاء فى الكتب السماوية وحدها ، بل ينصرف الى كل ما كانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل الغائها باعتبارها شريعة نافذة ، اذ لم يكن فى ميسور المشرع حين الغى هذه الجاهت ان يضع القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فاكتفى بتوحيد جهات القضاء تاركا الوضع على ما كان عليه بالنسبة للأحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها ، واحال الى الشريعة التى كانت تطبق فى تلك المسائل أمام جهات القضاء الملى ، ولم تكن هذه الشريعة التى جرى العمل على تطبيقها تقتصر على ما جاء بالكتب السماوية . ومما يدل على حقيقة قصد المشرع وان ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين لم يكن قاصرا على القواعد التى جاءت بها الكتب المنزلة ، ما اورده المشرع بالمذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه من ان « القواعد الموضوعية التى تطبقها أكثر المجالس فيما يطرح عليها من الأقضية غير مدونة ، وليس من اليسير أن يهتدى اليها عامة المتقاضين ، وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت » .

نقض ٣٩/١٨ ق (٧٢/٥/١٠)	س ٨٤٤/٢٣
نقض ٣ /٤٢ ق (٧٢/٥/١٠)	س ٨٧٠/٢٤

□■□

(المبدأ ٧) : منازعات الأحوال الشخصية بين الزوجين غير المسلمين مختلفى الطائفة او الملة — وجوب تطبيق احكام الشريعة الاسلامية .

مؤدى نص المادة السادسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ وعلى ما جرى به قضاء النقض — أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين غير المسلمين اذا ما اختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ أن يخالف ما استقر عليه قضاء المحاكم الشرعية فى هذا الشأن ، وهى التى كانت تختص بالفصل فى المنازعات بينهم باعتبارها

صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية فاستقى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، دفعا للحرج الذى يحدث عند الطلاق فى حالة ما اذا كن الزوجان لا يدينان بوقوعه، وتنص الفقرة السابعة منها على الا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، ولا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالارادة المنفردة ، ذلك أن المقصود من المادة المشار اليها أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم من القاضى ، وانه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة او الملة الا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق ، اذ ان الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك .

نقض ٣٧/٢٠ ق (٧١/١/١٤) س ٩٧/٢١

□■□

(المبدأ ٨) : الشريعة الاسلامية هى القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة او الملة .

تبيح الشريعة الاسلامية للزوج أن يطلق زوجته بارادته المنفردة وهى (وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض) ـ القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة وتصدر الأحكام فيها طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

نقض ٣٦/٨ ق (٦٧/٢/١٤) س ٢٩٤/١٩

□■□

(المبدأ ٩) : فى مسائل الأحوال الشخصية ـ الحق والدعوى به ـ تحكمه نصوص اللائحة الشرعية وارجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة .

الحق والدعوى به فى مسائل الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية تحكمه نصوص اللائحة الشرعية وارجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة وما وردت بشأنه قواعد خاصة فى قوانينها .

نقض ٣٤/٢٠ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٨٤/١٧

□■□

(المبدأ ١٠) : الشريعة الاسلامية تطبق عند التفريق بين مسلمة وغير مسلم .

القانون الواجب تطبيقه للتفريق بين المسلمة وغير مسلم هو الشريعة الاسلامية والمحاكم الشرعية هى التى تطبقه .

٤٦/٢٧٢٥ الجمالية (٤٨/٢/١٨) م ش ٢٢٠/٢٠

□■□

(المبدأ ١١) : القانون قسمان قانون موضوع وقانون اجراءات .

حيث ان القوانين تنقسم الى قسمين ـ قانون للموضوع وقانون للاجراءات .

اما قانون الموضوع فيسرى على الحوادث والوقائع التى تقع بعده ، ولا يسرى على الحوادث والوقائع السابقة عليه الا بنص . وأما قانون الاجراءات فيسرى على الحوادث والوقائع المستقبلة والماضية ما لم يترتب على مريانه على الماضى اضرار بحق مكتسب . اما اذا ترتب عليه اضرار بحق مكتسب فيتبع فيه القانون القديم واجراءاته ، لأن الغرض من سن القوانين حفظ الحقوق وعدم ضياعها ورد المفاسد والأطماع الباطلة .

٢٨/٢٠ العليا (٢٩/١٠/٢٩) م ش ١٨٥/١

□■□

(المبدأ ١٢) : لا يسرى القانون على الماضى سواء كان موضوعيا او شكليا راجعا الى الاجراءات الأول مطلقا والثانى اذ أدى الى المساس بحق ثابت .

القوانين الموضوعية انما تسرى على الحوادث التى تكون تالية لتاريخ العمل بها . ما لم ينص فيها على أن لها أثرا فيما مضى فيعمل بالنص ، والقوانين المتعلقة بالاجراءات تسرى على الحوادث السابقة بشرط الا يؤدى ذلك المساس بحق ثابت .

٣١/١٥٣٤ س ك مصر (٢٢/٦/٢٧) م ش ١٣٨/٥

□■□

(المبدأ ١٣) : معنى التفسير العلمى للقانون ومدى الأخذ به .

التفسير العلمى هو ما يذكره شراح القانون بناء على ما يعلمونه من لفظ القانون وروحه ـ لا يلزم احد الأخذ به لبنائه على رأى متحمل الصواب والخطأ .

٤٣/٢٣٤ س ك بنى سويف (٤٤/٤/٣) م ش ١٣٢/١٧

□■□

(المبدا ١٤) : الالغاء الضمنى للنص ـ شرطه .

لا محل للاحتجاج بأن النص الأول ـ الوارد فى القانون القديم ـ قد الغى ضمنا بالنص الثانى ـ الوارد فى القانون الجديد ـ لأن هذا الالغاء لا يكون الا اذا توارد النصان فى القانون الجديد وفى القانون القديم على محل واحد يستحيل معه اعمالها فيه .

نقض ٣٨/٥ ق (٧٢/٣/٢٩) س ٢٣/٥٦٨

□■□

(المبدا ١٥) : سير الدعوى ، وانعقاد الخصومة فيها ـ تحديد اختصاص القانون الواجب التطبيق .

مؤدى ما نصت عليه المادة السابعة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ من انه :

« لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية الى أخرى اثناء سير الدعوى الا اذا كان التغيير الى الاسلام فتطبق الفقرة الاولى من المادة السادسة من هذا القانون » وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ ان الشارع اراد ان يتخذ من « سير الدعوى » و « انعقاد الخصومة » وهى وصف ظاهر منضبط ـ لا من مجرد قيام النزاع مناط يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب التطبيق على اطرافها .

نقض ٤٤/١٤ ق (٧٦/٢/١١) س ٢٧

□■□

(المبدا ١٦) حق الزوج فى تطليق زوجته بارادته المنفردة عند اختلافهما فى الطائفة او الملة ويدينان بوقوع الطلاق .

الشريعة الاسلامية تبيح للزوج ان يطلق زوجته بارادته المنفردة وهى ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة وتصدر الأحكام فيها طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

نقض ٣٦/٨ ق (٦٨/٢/١٤) س ١٩/٢٩٤

□■□

(المبدا ١٧) : اتحاد الطائفة او الملة او اختلافهما ـ مناطه .

مؤدى ما نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ من انه « لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة السادسة تغيير الطائفة او الملة

بما يخرج احد الخصوم عن وحدة طائفية الى اخرى أثناء سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها ـ وهو وصف ظاهر منضبط ـ لا من مجرد قيـام النزاع ، مناطا يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب التطبيق على أطرافها ،واذا كان الثابت فى الدعوى ان الطاعن انضم الى طائفةالسريان الأرثوذكس من قبل رفع الدعوى وبذلك أصبح طرفاها مختلفى الطائفة والملة ، وتطبق فى شأن واقعة الطلاق المتنازع عليها بينهما احكام الشريعـة الاسلامية ، ولم يعـول الحكم المطعون فيه على هذا التغيير الحاصل قبل رفع الدعوى فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى ،تطبيقه .

نقض ٣٥/١٤ ق (٦٦/٤/٢٠) س ٨٩٠/١٧

□■□

(المبدأ ١٨) : الأقباط الأرثوذكس والسريان الأرثوذكس مختلفـا فى الطائفة ـ تطبيق الشريعة الخاصة لغير المسلمين مشروط باتحـاد الطائفـة والملة .

لا وجه للقول بأن الأقباط الأرثوذكس والسريان الأرثوذكس متحدان فى العقيدة والملة والمذهب طالما أنهما مختلفان طائفة ونص المادة السـادسة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ يشترط الاتحاد فى الطائفة والملة مع باقى الشروط التى فرضها لتطبيق شريعتهما الخاصة ، وذلك بصرف النظر عما اذا كانت لهما جهات قضائية ملية وقت صدور القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ أو لم يكن .

نقض ٣٧/٣٠ ق (٧١/١/١٤) س ٩٧/٢١

□■□

(المبدأ ١٩) : تغيير الطائفة او الملة ـ لا ينتج اثره بمجرد الطلب .

انه وان كان تغيير الطائفة او الملة ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ أمر يتصل بحرية العقيـدة ، الا انه عمل ارادى من جانب الجهـة الدينيـة المختصة ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وابداء الرغبة ، ولكن بعد الدخول فيه واتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ، وقبول طلب الانضمام الى الطائفة او الملة الجديدة ، ولما كانت المحكمة قد استخلصت من أوراق الدعوى وفى حدود سلطتها الموضوعية عـدم انضمام الطاعن (الزوج) الى الطائفة الانجيلية ، لأن مظاهر الانضمام الخارجية لم تتم ، وأنه بالتالى لا زال باقيا على طائفته الأولى وهى طائفة الأقباط الأرثوذكس ، لأن تغييرا فى الطائفة لم يحدث ، اذ يتعين اثبـات تغيير الطائفة او الملة بطريقـة لا تقبل

الشك ، والا اعتبر الشخص باقيا على طائفته أو ملته القديمة ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن الزوجين متحدا الطائفة والملة وتطبق في شانهما شريعة الأقباط الأرثوذكس ، وهى لا تجيز الطلاق بالارادة المنفردة ، فانه يكون قد طبق القانون على وجه الصحيح .

نقض ٥/٤١ ق (٧٣/٤/١١) س ٥٨١/٢٤

□■□

(المبدأ ٢٠) : اتحاد الطائفة والملة ـ تطبيق الشريعة الخاصة في نطاق النظام العام .

في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين « والمتحدى الطائفة والملة » والذين لهم جهات ملية منظمة تصدر الأحكام وفقا لشريعتهم في نطاق النظام العام ولا يؤثر في وضع الخصومة والخصوم والقانون الواجب التطبيق عليهما وعليهم تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج احدهم من وحدة طائفية الى أخرى « اثناء سير الدعوى » ما لم يكن هذا التغيير الى الاسلام .

نقض ٣٤/٣٥ ق (٦٦/٤/٢٠) س ٨٩٠/١٧

□■□

(المبدأ ٢١) : دعاوى الأحوال الشخصية ـ الاختصاص بها والقانون الواجب التطبيق على اطرافها مناطه سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها .

مؤدى نص المادة السابعة من القانون رقم٤٦٢/١٩٥٥ـ وعلى ماجرى به قضاء النقض ـ ان الشارع أراد أن يتخذ من « سير الدعوى » و«انعقاد الخصومة فيها » وهو وصف منضبط ـ لا من مجرد قيام النزاع مناطا يتحدد به الاختصاص والقانون الواجب التطبيق على اطرافها .

نقض ٣٤/٣٦ ق (٦٨/٤/١٠) س ٧٥٠/١٩

□■□

(المبدأ ٢٢) : تغيير الطائفة او الملة لا ينتج اثره بمجرد ابداء الرغبة فيه .

انه وان كان من المستقر فى قضاء النقض ، ان تغيير الطائفة او الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ، الا انه عمل ارادى من جانب الجهة الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج اثره بمجرد الطلب وابداء الرغبة ،

ولكن بعد الدخول فيه واتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ،وقبول طلب الانضمام الى الطائفة أو الملة الجديدة ، مما مقتضاه أن للرئيس الدينى للملة او الطائفة التى يرغب الشخص فى الانتماء اليها أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته ، وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة ، كما أن له ان يبطل الانضمام بعد قبوله ، ويعتبر كأن لم يكن اذا تبين له عدم جديته .

نقض ٣٩/٨ ق (٧٢/٥/١٧) ـ س٢٣/٩٥٢

□■□

(المبدأ ٢٣) : بطلان انضمام الزوج وهو قبطى ارثوذكسى للطائفة الجديدة ـ أثره .

بطلان انضمام الزوج لطائفة السريان الأرثوذكس مؤداه أن تغييرا لم يحصل فى طائفته بل يظل كما كان قبطيا أرثوذكسيا ، واذ لا يتصور الفصل فى بطلان الانضمام وبين انعدام أثره ، فلا يكون هناك محل للقول بامكان تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية على واقعة النزاع . واذ رتب الحكم على بطلان انضمام الطاعن (الزوج) الى طائفة السريان الأرثوذكس ، أن الزوجين متحدا الطائفة والملة ، وتطبق فى شأنهما شريعة الأقباط الأرثوذكس ، وهى لا تجيز الطلاق بالارادة المنفردة ، فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح .

نقض ٣٩/٨ ق (٧٢/٥/١٧) س ٢٣/٩٥٣

□■□

(المبدأ ٢٤) : التطليق استنادا الى المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس للفرقة واستحكام النفور

متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بالتطليق للفرقة واستحكام النفور الى نص المادة ٥٧ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ بعد تجميعها من مصادرها واضطردت المجالس الملية على تطبيقها فانه لا محل للتحدى بأن احكام مجموعة سنة ١٩٥٥ هى الواجبة التطبيق ، وأنها قد خلت من نص خاص يجيز التطليق لهذا السبب ، ذلك أنه لا الزام فى الاستناد الى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الأخرى التى يرجع اليها لدى الطائفة المذكورة ، اذ لم يصدر بأى منهما تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بأن التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق والعبرة فى هذا الخصوص بما

كانت تسير عليه المحاكم الملية فى قضائها استقاء من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة .

نقض ١٨/٣٩ ق (١٠/٥/٧٢) س ٨٤٤/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٥) : التطليق استنادا الى مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأقباط الأرثوذكس دون مجموعة سنة ١٩٥٥ صحيح .

اذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بالتطليق لسوء السلوك وفساد الأخلاق الى نص المادة ٥٦ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام فى ٩/٥/١٩٣٨ وعمل بها فى ٨/٧/١٩٣٨ بعد تجميعا فى مصادرها واضطرت المجالس الملية على تطبيقها ـ لما كان ذلك ـ وكان ولا محل للتحدى بان احكام مجموعة سنة ١٩٥٥ هى الواجبة التطبيق وانها قد خلت من نص خاص يجيز التطليق لهذا السبب ، ذلك أنه لا الزام الى الاستناد الى الاحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الأخرى التى يرجع اليها لدى الطائفة المذكورة ، اذ لم يصدر باى منهما تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بان التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق ، والعبرة فى هذا الخصوص بما كانت تسير عليه المحاكم الملية فى قضائها استيفاء من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة ، ولما كان الحكم المطعون فيه ، وعلى ما سلف البيان قد طبق على واقعة الدعوى النص الوارد بشانها فى مجموعة سنة ١٩٣٨ باعتبار ان المحاكم الملية قد جرت على تطبيق احكام هذه المجموعة منذ وضعها حتى الغيت تلك المحاكم بالقانون ١٩٥٥/٤٦٢ ، فانه لا يكون قد أخطا فى تطبيق القانون .

نقض ٤٣/٣ق (٦/٦/٧٣) س ٨٧١/٢٤

□■□

(المبدأ ٢٦) : الاعتقاد الدينى مسالة نفسية لا يجوز للقاضى ان يبحث فيهـا .

ان الاعتقاد الدينى مسالة نفسانية ، ولا يجوز لقاضى الدعوى ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ ان يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها ودواعيها ، وان كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على هذا النظر فان النعى عليه يكون على غير أساس .

نقض ٣٠/٣٧ ق (١٤/١/٧٠) ١٠٠/٢١

□■□

(المبدأ ٢٧) : معنى التفسير القضائى للقانون ومدى الزامه .

التفسير القضائى هو الذى يصدر من الدوائر القضائية بتفسير مواد القانون عند تطبيقه على الحوادث المعروضة امامها ولا يلزم الا الحادثة التى صدر فيها مهما كانت المحكمة التى صدر منها الحكم .

٤٣/٢٣٤ س ك بنى سويف (٤٤/٤/٣) م ش ١٣٣/١٧

□■□

(المبدأ ٢٨) : معنى التفسير التشريعى .

التفسير التشريعى هو ما يصدر من السلطة التشريعية لتفسير ابهام وغموض فى بعض نصوص القانون ـ وهو متمم للنص المفسر وملحق به وحكمه كحكمه وهو لا يكون الا بقانون متمم للقانون المفسر ، وما عدا هذا التفسير التشريعى من التفسير العلمى والقضائى لا يعارض الأوامر العالية ولا يوقف سيرها .

٤٣/٢٢٤ بنى سويف (٤٤/٤/٣) م ش١٣٣/١٧

□■□

(المبدأ ٢٩) : المادة ١٥ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ لا تسرى الا على الحوادث المستقبلة .

حيث أن القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ بالنسبة للمادة ١٥ التى نهت عن سماع دعوى نسب ولد المطلقة او المتوفى عنها زوجها اذا جاءت به لاكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة. هو قانون فى الموضوع بالنسبة لهذه المادة. وانه لا يسرى على الحوادث السابقة عليه الا بنص صريح ولم يوجد نص صريح فيه يدل على سريانه على الحوادث السابقة .

وحيث أن النهى عن سماع دعوى نسب الولد فى المادة المذكورة من هذا القانون لا يسرى عليها لأنه لم ينص على سريانه .

٢٨/٣٠ العليا الشرعية (٢٩/١/٢٩) م ش ١٨٨/١

□■□

(المبدأ ٣٠) : المادة ١ ق ٢٥ سنة ١٩٢٠ لا تسرى على متجمد نفقة عن مدة سابقة على العمل بالقانون .

المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ والتى تنص على أن نفقة الزوجة الواجبة لها شرعا على زوجها لا تسقط الا بالاداء أو الابراء لاتسرى

على متجمد نفقة الزوجة عن مدة سابقة على العمل بهذا القانون اذ ان المادة الثانية عشر منه نصت على سريان حكم المادة الثالثة منــه فقط على الماضى فما عداها من مواد هذا القانون لا يسرى حكمه على الماضى .

٢٧/٣٦٨ العياط (٢/١٠/٢٨) م ش ١/٢٠٨

□■□

(المبدأ ٣١) : النظر فى جواز الاستئناف خاضع للقانون الذى صدر الحكم المستانف وقت قيامه .

القانون الواجب تطبيقه عند النظر فى جواز استئناف الحكم انمـا هو القانون الذى صدر الحكم المستانف وقت قيامه .

٣٠/٧٧٠ ك مصر (١٥/١٠/٣١) م ش ٣/٤٦٢

□■□

(المبدأ ٣٢) : قانون المواريث من قوانين الموضوع .

قانون المواريث رقم ٧٧ سنة ٤٣ من قوانين الموضوع فلا يسرى على الحوادث السابقة على تاريخ العمل به الا بنص عملا بالقواعد المتفق عليهـا بين علماء التشريع والفاصل بينه وبين النصوص التى كان معمولا بها قبل صدوره هو وقوع الوفاة والوراثة فلا يسرى على تركة من توفى قبل العمل به .

٤٢/٥٣ ادفو (١٨/٣/٤٤) م ش ١٥/١٩٧

□■□

(المبدأ ٣٣) : احكام الارث وتعيين انصبه الورثة فى التركة من النظام العام . التحايل عليها باطل بطلانا مطلقا . خروج هذا البطلان عن نطـاق التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ مدنى ـ اطلاق البطلان لا يتنافى مـع امكان اجازة الورثة للتصرف ـ الاجازة انما تلحق التصرف باعتباره وصية لا بيع ـ خضوعه فى هذه الحالة لأحكام الوصية .

أحكام الارث وتعيين نصيب كل وارث فى التركة من النظـام العام ، وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا ، ومن ثم فلا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ من القانون المـدنى . ولا يقدح فى ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقا يتنـافى مع احـكام اجازة التصرف من الورثة ، ذلك انه ليس للورثة أن يجيـزوا التصرف باعتبـاره

بيعا ، وانما لهم ان يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وفى هـذه الحالة تجرى عليه احكام الوصية التى يجيزها الورثة .

نعض ٢٩/٣٩ ق (٦٤/١/٩) س ١٥/٤٤

□■□

(المبدأ ٣٤) : الغاء المحاكم الملية ــ لا يمتـد الى سلطان رجال الدين بشان قبول طلبات الانضمام او رفضها او ابطالها .

الغاء المحاكم الملية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ يقتصر نطاقه على اختصاص المحاكم الملية بولاية القضاء فى بعض مسـائل الأحوال الشخصية دون أن يمتد الى السـلطات الممنـوحة لرجال الدين والتى لازالت باقية لها ، ومن بينها قبـول طلبات الانضـام أو رفضهـا أو ابطالها .

نقض ٣٩/٨ ق (٧٢/٥/١٧) س ٢٣/٩٥٣

□■□

(المبدأ ٣٥) : مجرد رفع الدعوى لا يكسب صاحبها حقا غير ما نص عليه فى اللائحة .

مجرد رفع الدعوى لا يكسب صاحبها حقا غير ما نص عليه فى اللائحة ومادامت القضية قائمة تكون الدعوى قابلة لتقرير عدم سماعها اذا وجد ما يقتضى ذلك قبل الفصل فيها كما هو مدون ، خصوصا وأن المادة ١٥ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ مطلقة ولم تستثن فيها القضايا المنظورة امام المحاكم

٣١/١٥٢٤ س ك مصر (٢٢/٦/٢٧) م ش ١٥/١٣٨

□■□

(المبدأ ٣٦) : يكفى ان يكون احد الزوجين مصريا وقت الزواج ليكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق .

نص المادة ١٤ من القانون المدنى صريح فى انه يكفى ان يـكون احـد الزوجين مصريا وقت الزواج ليـكون القانون المصرى وحـده هو الواجب التطبيق .

نقض ٢٨/١٧ ق (٦٠/١/١٧) س ١١/٥٨٣

□■□

(المبدأ ٣٧) : نص المادة ١٤ مدنى آمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى .

نص المادة ١٤ من القانون المدنى على انه « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج » ـ نص آمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى .

نقض ٢٨/١٧ ق (١٧/١١/٦٠) س ٨٢/١١

□■□

(المبدأ ٣٨) : متى كان النزاع دائرا بين زوج ايطالى يهودى الديانة وزوجه مصرية مسيحية كاثوليكية فالقانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى .

اذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج ايطالى وزوجة مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدنى ويكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق ، فاذا كان الزوج يهودى الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فان القانون المصرى هو الواجب التطبيق هو القانون الذى كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية ، وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على أنه « تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت فى فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجية غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، وكان الثابت فى الدعوى أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق فان دعوى طلاق زوجها اياها تكون غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره ، ويكون الحكم المطعون فيه اذ قضى على خلاف ذلك وذهب الى ان المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطقية قد خالف القانون مما يستوجب نقضه.

نقض ١١/٢٥ ق (١/٥/٥٨) س ٤٢٥/٩

□■□

(المبدأ ٣٩) : خضوع اجراءات الاثبات لقانون المرافعات ، بقاء قواعد الاثبات الموضوعة خاضعة لاحكام الشريعة الاسلامية ـ اثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأحوال الشخصية ـ خضوعه لأحكام الشريعة الاسلامية .

مفاد المواد ٥ ، ٦ ق ١٩٥٥/٤٦٢ ، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الاثبات بين الدليل واجراءات الدليل فاخضع اجراءات الاثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الاجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، أما قواعد الاثبات المتصلة بذات الدليل لبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته واثره القانونى فقد ابقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الاسلامية ـ والحكمة التى ابتغاها المشرع من ذلك هى احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك اخلال بحق المتخاصمين فى تطبيق احكام شريعتهم ، ولا يغير من ذلك أن يكون المشرع نص فى المادة ١٣ ق ١٩٥٥/٤٦٢ على الغاء الباب الثالث من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهو الخاص بالأدلة ولم يستبق من مواده سوى المواد الخاصة بعدم سماع دعوى الوقف عند الانكار وشهادة الاستكشاف فى النفقات والشهادة على الوصية ـ اذ أنه لم يقصد بهذا الالغاء الخروج على الأصل المقررة بمقتضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى احالت اليها المادة السادسة ق ٤٦٢/ ١٩٥٥ السالف الاشارة اليه واذا كان اثبات وقوع الطلاق ونفيه عند المسلمين من مسائل الأوال الشخصية ومنثم يخضع لأحكام الشريعة الاسلامية التى يرجع اليها فى اثبات وقوعه وكيف يكون معتبرا شرعا ، فان الحكم المطعون فيه وقد طبق الشريعة الاسلامية دون قانون المرافعات والقانون المدنى فى هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون .

٣٠/٤٨ ق (٦٣/١/٢) س ٢٢/١٤

□■□

(المبدأ ٤٠) : المناط فى قاعدة الاسناد فى قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين هو اتفاق الزوجين او اختلافهما فى الطائفة والملة . الأصل هو تطبيق شريعة البلاد على جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية . يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان الزوجان متحدى الملة والطائفة ولهما جهة قضائية ملية منتظمة وقت صدور القانون ١٩٥٥/٤٦٢ .

وضع المشرع فى المادة السادسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ قاعدة اسناد فى قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وجعل المناط هو اتفاق الزوجين واختلافهما فى الطائفة والملة فنص على القاعدة الأصلية وهى تطبق بصفة عامة شريعة البلاد على جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية ولم يستثن من هذه القاعدة الا حالة ما اذا كان الزوجان متحدى الملة والطائفة

ولهما جهة قضية ملية منتظمةوقت صدور القانون المذكور فتطبق عليهما احكام شريعتهما الخاصة ما لم تتعارض مع قواعد النظام العـام . واذ لم تتوافر هذه الشروط جميعا فى الزوجين فان هذا الاستثناء لا يقوم ويتعين تطبيق قواعـد الشريعـة الاسلامية ، فاذا كان الثابت من وقائع النزاع أن الزوجين مختلفان فى الطائفة والملة ويدينان بوقوع الطـلاق فان النعى على الحكم المطعون فيه بالخطـأ فى تطبيق القانون اذ طبق الشريعـة الاسلامية فيكون على غير أساس ولا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالارادة المنفردة .

نقض ٢٩/٣٦ ق (٦٣/٢/٦) س ٤٤/٢١٠

□■□

(المبدأ ٤١) : قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات ـ خضوعها لقانون البلد الذى تقام فيه الدعوى او تباشر فيه الاجـراءات (٢٢ مدنى) النص فى المادة ٩٠٥ مرافعات على دفـع دعوى اثبات النسب وفقا للاحكام والشروط وفى المواعيد التى ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتســاب اليه من الولدين . المقصود به تعيين الأحوال التى تقبل فيهـا الدعوى والمواعيد التى يجب ان ترفع فيها والقواعد التى تتبع فى اثباتها.

وفقا للمادة ٢٢ من القانون المدنى يسرى على قـواعد الاختصــاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات من أن الدعوى باثبات النسب ترفع وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتســاب اليه من الوالدين وتتبع فى اثباتها القواعد التى يقررها القانون المذكور اذ لم يقصـد بها ـ وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضـاحية للقانون رقم ١٩٥١/١٢٦ ـ الا « تعيين الأحوال التى تقبل فيها الدعوى والموعيد التى يجب أن ترفع فيها والقواعد التى تتبع فى اثباتها وهى مسائل تتصل بالحق موضـوع النزاع اتصالا لا يقبل الانفصام » .

نقض ٣٥/٢٢ ق (٦٧/٣/١٥) س ١٨/٦٥٦

□■□

قضــاء (١)

(المبدأ ١) : تحديد المسائل الداخلة فى نطاق الأحــوال الشخصية والمسائل المعتبرة من الأحوال المدنية .

الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ، ككونه انسانا ذكرا او انثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو ابا او ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية او مقيدها بسبب من أسبابها القانونيـة . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية واذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير ان المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية ــ وكلها من عقود التبرعات ــ تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فالجاه هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا اثر فى تقرير حكمها . على أن اية جهة من جهات الأحوال الشخصية اذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود ، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأحوال الشخصية اذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود ، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأحوال الموقوفة والموهوبة والموصى بها .

نقض ٣/٤٠ ق (٣٤/٦/٢١)

□■□

---

(١) القضـاء فى أمة هو شريعتهـا فى حالة عمل ، بما تقـدمه الدولة للاحكام من قوة التنفيذ وما تحتويه الأحكام من فحوى الشريعة . والعمل مرآة النظريات وفيه مصداق لحقائقها ، أو طرائق تداولها . والعدل هو الذى يجعل الشرائع حقائق نافعة فى الحياة الواقعة . والعـدل فى الاسلام صفة من صفات الخالق جل شانه . فشريعته العدل .

والقضاء لذلك يعكس للناظر صميم نظام الحكم فى المجتمـع ، ومكانة الحاكم وغايات الحكم واطمئنان المحكومين . وفى سـاحات القضاء تمتحن النظريات كلها سواء العلمية او العملية .

من أجل ذلك كان القضاء فى الاسلام تلو النبوة .

راجع المنهج العلمى المعاصر ، مستمد من القرآن للاستـاذ المستشار عبد الحليم الجندى سنة ١٩٧٦ .

(المبدأ ٢) : القضاء مظهر للحق .

ان القضاء مظهر للحق (كما فى الفواكه البدرية لابن الغرس) .

٢٥/٣٩٧ ك س بنى سويف (٢٦/١٢/٢٩)   م ش ٣٠٩/١

□■□

(المبدأ ٣) : يجب على القاضى السير فى الدعوى ما دام الخصم حاضرا

النص الفقهى يوجب على القاضى السير فى الدعوى مادام الخصم حاضراويريد الادعاء عليه والقانون لا ينافى ذلك .

٢٨/٣١١ العياط (٢٩/٤/١٧)   م ش ٧١٢/١

□■□

(المبدأ ٤) ليس للقاضى مع الزامه بالحكم بمقتضى مذهب وقوانين محدودة ـ ان يتعداها الى غيرها ويحكم بمقتضاه .

ان محكمة اول درجة ذهبت مذهبا غريبا بتطبيقها احكام القانون الدولى الخاص ، مع ان ولى الأمر الزمها فى المادة ٢٨٠ من القانون الحكم بمقتضى مذهب وقوانين محددة ليس فيها هذا القانون فلا يصح لها ان تخرج عما الزمت به الى غيره وتحكم بمقتضاه .

٣٥/٢٦ العليا (٣٦/٥/٤)   م ش ٥٨٣/٧

□■□

(المبدأ ٥) : اذا لم يوجد نص فى المذهب يجعل المطلوب بالدعوى حقا للمدعى او نص على ان المدعى يلزم غير المدعى عليه فللقاضى ان يجهد رأيه لاستنباط ما لم يكن منصوصا لايجاد المطلوب الحكم به على المدعى عليه .

وحيث أن للقاضى اذا لم يجد نصا فى الحادثة التى ترفع اليه ، أن يجتهد راية ويقيس الأشباه بالأشباه والنظائر بالنظائر حتى يعرف حكم ما لم ينص عليه من حكم ما نص عليه ولا يعتبر بذلك مبتدعا حكما ولاخارجا عن قول الفقه الذى الزمه ولى الأمر ان يحكم بقوله ولو لم يكن ذلك من حق القاضى بل ولو لم يكن ذلك واجبا عليه لتعذر عليه الفصل فى كثير من الخصومات لأن نصوص الفقهاء وفروضهم مهما توسعوا فيها لا يمكن أن تحيط بكل ما يحدث للناس من أقضية وانما جعل القضاء لأجل فصل الخصومات وفض المنازعات وقد قيل قديما تحدث للناس اقضية بقدر ما احدثوا من الفجور .

٣٢/٥٨ ك س مصر (٣/٦/١٢)   م ش ٦٤٤/٤

□■□

(المبدأ ٦) : على القاضي ان يعمل على استخلاص الحقوق بالوسائل التي يراها محققه لهذا الغرض سواء أكان ذلك بنـاء على طلب المدعى أم من تلقاء نفس القاضي .

.. المنصـوص عليه شرعا ان على القاضي أن يعمـل على اسـتخلاص الحقوق بالوسائل التي يراها محققة لهذا الغرض سواء أكان ذلك بناء على طلب المدعى أم من تلقاء نفس القاضي ، وميدان التشريع الاسلامي في هذا الباب فسيح الأرجاء لا ينقصه الا تنظيم طرق التنفيذ ــ ونجتزيء هنـا بالاشارة الى بعض النصوص التي تؤيد ما اسلفنا اجماله ، فقد جاء في معين الحكام عند سرد تصرفات الحكام التي ليست أحـكاما بصفحة ٤٢ ما يأتي : « النوع الثامن ــ تصرفات الحكام بتعاطى أسباب الاستخلاص ووصول الحقـوق الى مستحقيهـا من الحبس والاطلاق واخـذ الكفلاء الأولياء واخذ الرهون لذوى الحقوق وتقدير مدة الحبس بالشهور وغير ذلك » ــ وجاء في تكملة ابن عابدين ص ٣٣٣ وما بعـدها قول التنوير ــ ويأخذ القاضي كفيلا ثقة من خصمه ــ بعد أن ذكر ان الكفيل يكون بناء على طلب المدعى ان كان عالما ، ومن تلقاء نفس القاضي ان كان المدعى جاهلا ما يأتي ــ طلب المدعى من القاضي وضـع المنقول على يد عدل ولم يكتف بكفيل النفس فان كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي وان كان فاسقا يجيبه وتنتهى يد العدل بانتهاء الفصل في الخصومة كما هو مفهوم سياق النصوص .

٢٤/٧٥١ المحلة الكبرى (٢٥/١/٣٠) م ش ٨٢١/٦

□■□

(المبدأ ٧) : القاضي مطلوب منه الفصل في كل دعوى حق يدعى به امامه الا ما نهى عن سماعه .

المقرر ان القاضي مطلوب منه الفصـل في كل دعـوى حق يدعى به أمامه ، الا ما نهى عن سماعه لمصلحة قصدها ولى الأمر الذى يستمد منه القضاء ، ولا يتهم وقد نص شرعا على أن ما نهى ولى الامر عن سماعه يجب عليه ــ أى ولى الأمر ــ أن يسمعـه بنفسـه أو يعين من قبـله من يسمعه صيانة للحقـوق ، فعدم السـماع بسبب نهى ولى الأمر ، هو استثناء مما هو الأصل فلا يصح التوسع فيه ، ولا القياس عليه ، لأن ما جاء على خلاف الأصل ليس موضع قياس كما هو معروف في الأصول .

٣٥/٩٩ بنى سويف (٣٦/٣/٣٧) ت س م ش ٢١٦/٨

□■□

(المبدأ ٨) : القاضي مكلف بالبحث وراء الاثبات المقدم .

القاضي مكلف بالبحث وراء الاثبات المقدم ، وتعرف قيمة الشهود وشهادتهم ليكون ذلك كوقاية للقضاء وعونا للقاضي على الوصول الى الحقيقة ونصح بالتزام ذلك قطعا لشهود الزور ودفعا لشهادتهم .

٣٨/٢٩٧ ابنوب (٣٩/٤/١٢) ت س م ش ٨٣٤/١٠

□■□

(المبدأ ٩) : تحديد اختصاص القاضي عزل عن بعض ولايته .

تحديد اختصاص القاضي في شيء من الأشياء عزل له عن بعض ولايته الممنوح اياها من قبل صاحب الولاية .

٤٠/٤٤٥١ ازبكية (٤٢/١/٤) م ش ٦٣/١/٣

□■□

(المبدأ ١٠) : ولاية القضاء لا تستفاد الا من السلطان او نحوه .

جاء في ابن عابدين في باب القضاء أن ولاية القضاء لا تستفاد الا من السلطان أو نحوه ، حتى لو اجتمع اهل بلد على تولية احد القضاة لم يصح ، أما من الوجهة القانونية فالأمر فيه يكاد يكون من البداهة ، فليس لأحد أن يدعى هذا الحق دون أن يكون ممن تنطبق عليه اللوائح والقوانين المعمول بها .

٣٩/١٤٩ س ك مصر (٤٢/٢/٨) م ش ١٠٠/٧/١٣

□■□

(المبدأ ١١) : ولاية القضاء لا تستفاد بالعادة .

أن ولاية القضاء لا تستفاد بالعادة ، ولا بمضى الزمن ولا بالتخويل المطلق للطوائف بحق التقاضي امام رؤسائها أو مجالس تشكل لها ، بل لابد من تولية خاصة من ولى الأمر لمن يلى هذه الوظيفة كما هو مقرر شرعا وقانونا .

٣٩/١٤٩٤ س ك مصر (٤٢/٢/٨) م ش ١٠٠/٧/١٣

□■□

(المبدأ ١٢) : القاضى يحكم فى كل ما يعرض عليه او يرفع اليه من الدعاوى ـ ويتخصص من ولى الأمر .

الأصل الشرعى أن القاضى يحكم فى كل ما يعرض عليه ، أو يرفع اليه من الدعاوى ، وليس هناك ما يمنعه من سماعها ، الا ما نص على منعه من سماعه شرعا ، كالدعوى بالحقوق التى مضت عليها المدة الطويلة بشروطها والأصل الشرعى ايضا أن القاضى يتخصص من ولى الأمر بالزمان والمكان والحادثة . وعلى هذين الأصلين كان يحكم القاضى فى كل ما يرفع اليه ما لم يكن المرفوع اليه داخلا تحت واحد من هذين الأصلين كما كان يحكم فى المساجد والأسواق والمنازل وفى دعاوى النفقة والزوجية والميراث والأرش والجنايات وكافة الحقوق .

٤٢/٥٧١ السنبلاوين (٤٣/٦/١٩) م ش ٧٠/٥

□■□

(المبدأ ١٣) : اذا ذكر فى المسالة قولان للفقهاء فالقول الراجح الذى يفتى به هو ما جاء بالمتون .

جاء بالخيرية ج ٢ أن المتون مقدمة على ما جاء بالشروح لأن المتون موضوعة لنقل ظاهر المذهب الصحيح المفتى به ، كما يعلم ذلك من كتاب الشهادات ص ٣٣ ومن كتاب الدعوى ص ٨١ وخصوصا كتب الفتاوى المهدية فانها عولت على الرواية المذكورة بمتن التنوير .

٤٣/٢٥٠ ديروط (٤٤/٢/٢٩) ت س م ش ٥٩/٣/١٦

□■□

(المبدأ ١٤) : صلاحية القضية للفصل فى شكلها كصلاحيتها للفصل فى موضوعها .

صلاحية القضية للفصل فى شكلها ،كصلاحيتها للفصل فى موضوعها المشار اليه فى المادة (٣٢٣) من اللائحة فيجب على محكمة الاستئناف عند صلاحية القضية للفصل فى شكلها الا تردها لمحكمة اول درجة وان تفصل هى فيها بما يقتضيه المنهج الشرعى فضا للخصومة وحسما للنزاع بطريق نهائى .

٤٥/٧ ك س المنيا (٤٦/١/٢١) م ش ٣٧٦/٧١

□■□

(المبدأ ١٥) : للقاضي اعمال يباشرها بصفته ولي من لا ولاية له .

نص الفقهاء على ان للقاضي اعمالا لا يباشرها بصفته القضائية بل بصفته ولي من لا ولي له وقيامه فيها مقام صاحب الحق الأول فيها عند عدم وجوده ونصوا على ان فعله فيها لا يكون حكما منه بها ، ولا يسمى قضاء الا تجاوزا ، ومن ذلك تزويجه من لا ولي لها من الأيتام واقامة النظار على الأوقاف والوكلاء عن الغائبين وبيع أموال اليتيم وابدال الوقف ونحو ذلك مما هو مدون بكتب الفقه ، قال في جامع الفصولين جا ص ١٥ ولو أمر بالقسمة في القرى جاز وفاقا اذ القسمة ليست من أعمال القضاء وكذا لو نصب قيما في القرى في امور صغيرة وفي الوقف او في نكاح الأيتام جاز لأنه ليس بقضاء ولا من أعمال القضاء وفي معين الحكام ص ٣٧ في المواضع التي يكون فيها تصرف القاضي ليس بحكم وأن لغيره من القضاة تغييرها والنظر فيها – ان هذه المواضع عشرون نوعا وعد منها العقود كالبيع والشراء في اموال اليتامى والغائبين والمجانين وعقد الاجارة على اموال المحجور عليهم ونحو ذلك وذكروا ان هذه التصرفات ليست حكما في نفسها البتة ، ونقل في المختار عن الفواكه البدرية لابن الغرس ان الصواب أن هذه التصرفات لا تكون حكما ، ووجه هذا ان القاضي فيها قائم مقام الواقف في التصرف في الأوقاف ومقام أبي الصغير أو وصي ذلك الأب فيما يتعلق بشئون الصغير فعمله كعملهم فيها .

٤٨/٢٤ العليا (٤٨/٩/٢٧) م ش ١٥١/٢

□■□

(المبدأ ١٦) : ما يباشره القاضي من التصرفات مقيد بالمصلحة .

نص الفقهاء على أن ما يباشره القاضي من التصرفات مقيد بالمصلحة.

٤٨/٢٤ العليا (٤٨/٨/٢٧) م ش ٨١٥/٢٠

□■□

(المبدأ ١٧) : لا يجوز القضاء على الغائب استقلالا .

فقها الحنفية من اصل مذهبهم انه لا يجوز القضاء على الغائب استقلالا ، الا انهم ذكروا بجانب هذه القاعدة قاعدة اخرى تعتبر اصلا عظيما في المذهب تفرعت عليه فروع كثيرة جدا وهي ، أن الحاضر لا ينتصب خصما عن الغائب فيما يدعى عليه الا اذا كان ما يدعى على الغائب سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر .

٤٨/١٠ العليا (٤٨/١١/١٦) م ش ١٦٦/٢٠

□■□

(المبدا ١٨) : القاضى يحكم بمـا يطمئن اليه قلبـه ويستريح اليـه ضميره .

القاضى انما يحكم بما يطمئن اليه قلبه ويسـتريح اليه ضـميره ، والقاضى الذى يرى الحق فى جانب وتقف حرفية النصوص الشرعية أو القانونية حائلا بينة وبين الوصول الى ذلك الحق انما يبرهن على عجـزه وجهله لأن هذه النصوص ما جعلت ولا وضعت الا ' خـدمة الحق وتحقيق العدالة .

١٩٤٦/٤٤ سوهاج (٤٧/٢/٢٠) م ش ٤١٨/٢١

□■□

(المبدا ١٩) : القاضى المجتهد يقضى برايه لا براى غيره .

القاضى المجتهد يقضى برايه لا براى غيره والقاضى المقلد يقضى بارجح الأقوال من مذهبه ، فاذا قضى المجتهد بغير رايه ، أو قضى المقلـد بغـير راجح الأقوال من مذهبه كان قضاؤهما باطلا ولا ينفذ حكمهما .

٣٤/٤٥ الداخلة (٤٨/١١/٢٧) م ش ٤٢١/٢١

□■□

(المبدا ٢٠) : تقييد القاضى من قبل السلطان ملزم له .

اذا قيد القاضى المقلد من قبل السلطان بالنهى عن سـماع دعاوى بعينها تقيد بذلك ، فاذا خالف ذلك النهى كان قضاؤه باطلا ولا ينفذ حكمه تمشيا مع القاعدة المشـهورة فى فقه الحنفيـة وهى أن القاضى يتخصص بالزمان والمكان والحادثة والمذهب .

٣٤/٤٥ الداخلة (٤٨/١١/٢٧) م ش ٤٢١/٢١

□■□

(المبدا ٢١) : لا يقتصر عمل القاضى على الفصـل فى حادثة جزئية وانما ينظر اليها كمشكلة لها مثيلاتها .

ان مهمة القاضى لا تقتصر على الفصل فى حادثة جزئية وانما ينظـر اليها كمشكلة لها مثيلاتها واثارها الخارجية من كل الوجهات .

١٠٢٠/٩٥٠ شبرا (٥٠/١٠/٥) م ش ٣٧٣/٣٢

□■□

(المبدا ٢٢) : ان القضاء لا يستطيع ان يتنحى عن نظر موضوع من اختصاصه .

ان القضاء لا يستطيع أن ينتهى عن نظر موضوع من اختصاصه ـ ومن اختصاصه وحده ولو كان الاجراء من الاجراءات الفرعية لم ينص عليه القانون ، والأخذ بغير هذا يقلب الأوضاع القانونية ، ويجعل الأصل تابعا للفرع ، وهو ما تأباه قواعد التشريع .

٣٤/٥٧ المحلة الكبرى (٣٠/١/٣٥) م ش ٨١٢/٦

□■□

(المبدا ٢٣) : لا يصح رجوع القاضي عن قضائه ـ شرطه .

المقرر فى الفقه الاسلامى انه لا يصح رجوع القاضى عن قضائه مما مقتضاه أن التزامه بمعنى قضائه محدد بالنزاع المعروض خصوما وموضوعا وسببا .

نقض ٤٤/٤ ق (٢١/١/٧٦) س ٢٧

□■□

(المبدا ٢٤) : لا يتعرض القاضي للمستقبل وانما يدعه الى حين وقوعه .

للقاضى أن يفصل فيما يحيط به علمه من الحاضر والماضى ، اما المستقبل فيدعه الى حين وقوعه وعرضه عليه ، فلا يجوز رفض طلب الحكم بالمصاريف المدرسية للصغير الذى فى يد حاضنته بناء على توقف الأمر بأدائها على بقاء الولد فى المدرسة وصلاحيته للاستمرار فى التعليم ووجوده فى يدها ويسار والده على أن الولد كاد يخرج من سن الحضانة، متى اعترف والده بالغاء حكم ضمه اليه وبقائه فى يد حاضنته التى تحتاج الى ما يمكنها من العناية به وتعليمه مما يجعل لها الحق فى المطالبة بذلك حتى لا تتهم بالتقصير فى تنشئته وتربيته وينزع من يدها حرصا على مستقبله .

٣٧/١٢١٨ ك س (٢/٥/٣٨) م ش ٨٣٢/٩

□■□

(المبدا ٢٥) : تفصل المحاكم الشرعية فيما يرفع اليها من الخصومات طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية عملا بنص المادة ٢٨٠ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ومنشور وزارة العدل رقم ٣١/١٨ .

المحاكم الشرعية اذا رفعت اليها خصومة بين ذميين وكان من اختصاصها الفصل فيها فمفروض عليها فى هذه الحالة ان تحكم فى هذه

الخصومة ، طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك عملا بالمادة ٢٨٠ من قانون المحاكم الشرعية التى قضت بأن تصدر أحكام المحاكم الشرعية طبقا لأرجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة مع مراعاة ما نص عليه فى قوانين المحاكم الشرعية وقد قضى بذلك أيضا منشور وزارة العدل رقم (١٨) الصادر فى ١٩٣١/٦/٣ اذ نص على ان المحاكم الشرعية تفصل فى دعاوى الطلاق التى ترفع اليها من غير المسلمين على وفق المنهج الشرعى مع مراعاة ما نص عليه فى المادة ٩٩ من قانون المحاكم الشرعية - فلهذا يكون واجبا على المحاكم الشرعية ان تحكم بالطلاق بين الذميين طبقا لنصوص الشريعة الاسلامية متى تحقق اختصاصها بنظر خصومتهم وبشرط مراعاة ما نص عليه فى المادة (٩٩) من قانون المحاكم .

٤٠/١٠٧٠ ك س مصر (٤١/٥/٢٢) م ش ٥٨/٩/١٢

□■□

(المبدأ ٢٦) : تطبيق الشريعة الاسلامية على من يشملهم حكمها طبقا للقواعد القانونية انما هو جهاد فى سبيل الله .

ان استمساك القضاء الشرعى بحق تطبيق الشريعة الاسلامية على من يشملهم حكمها طبقا للقواعد والقوانين المعمول بها فى هذه البلاد ليس لغرض بسط نفوذه شهوة منه فى الحكم - وانما هو جهاد فى سبيل الله واعلاء كلمته لتكون هى العليا ولأن ما وضعه الله تعالى لعباده كفيل بسعادتهم وما وضع من البشر مهما أتوا من علم وحكمة لا يخلو من خطأ أو تقصير .

لعل من الخير لهذا البلد الاسلامى ، ودينه الرسمى الاسلام الا يقال انه انعزل عن دينه وفضل شريعة غير شريعة الله فى قضائه .

٣٩/٤١٩٤ ك س مصر (٤٢/٢/٨) م ش ١٣/٧/١٤٠

□■□

(المبدأ ٢٧) : حقوق غير المسلمين فى دار الاسلام .

علماء الفقه الاسلامى وأصوله نصوا على أن الحقوق بالنسبة لغير المسلمين فى دار الاسلام تنقسم الى ثلاثة أقسام : (١) حقوق الله خاصة كالصلاة والصوم وسائر الشعائر الدينية . (٢) حقوق العباد خاصة وهى المعاملات من بيع وشراء وغيرهما وما فيه الحقان كعقود الانكحة ، فما كان من النوع الأول فحكمه شرعا أننا أمرنا ان نتركهم وما يدينون ولا إعتراض لنا عليهم فى ذلك ، ما لم يتجاوزوا الحدود المرسومة لهم فى ذلك ، وماكان من قبيل النوع الثانى فقد اتفق علماء أصول الفقه الاسلامى على ان اهل

الذمة مخاطبون بحكم الشرع فيه ويلزمون بأحكامه سواء ترافعوا الينا او ترافع احدهم لأن تركهم وشأنهم فيها قد يؤدى الى التشاجر والتظالم وهم لا يقرون على ذلك وما اعطيناهم العهد الا ليلتزموا احكام الشرع (من مبسوط السرخسى ص ٤١ جـ ٥) وقد نص فيه على أنه اذا طلق الذمى امرأته ثلاثا ثم اقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لا يعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطليقات الثلاثة ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم ، وجاء فى باب نفقة اهل الذمة ويفرض القاضى على الذمى نفقة امرأته بالمعروف كما يفرض على المسلم لأنها كفاية مشروعة للحاجة وسببها وهو الزوجية يتحقق فيما بين اهل الذمة كما يتحقق بين المسلمين انتهى . (٣) النوع الثالث كعقود الانكحة فمن جهة كونها أسبابا لمسبباتها فتدخل فى المعملات وهم مامورون باتباع احكام الاسلام فيها ـ وقد قدمنا ان القاضى يفرق بينهما ، ويفرض لزوجة الذمى نفقة ، كما يفرض لزوجة المسلم ، لأن ذلك من باب دفع المظالم . أما أصل العقود فما صح منها بين المسلمين جاز فى حقهم . وأما ما فسد منها عند المسلمين فله احكامه المفصلة فى كتب الفقه ، وقد نصوا فى باب نكاح الذمى للمحارم ، والجمع بين اكثر من اربع نسوة ، والجمع بين الاختين على أنهما اذا ترافعا الى القاضى ، فالقاضى يفرق بينهما كما يفرق بعد الاسلام لأنهما اذا ترافعا الينا فقد تركا ما داناه ورضيا بحكم الاسلام ، وأما اذا لم يترافعوا الينا ولم يوجد منهم اسلام فقال ابو حنيفة انهم يقرون على نكاحهم ولا يعترض عليهم بالتفريق ، وقال محمد يقرون على نكاحهم ولا يفرق بينهم ، ويفرق بينهم بمرافعة احدهم لأنه لما رفع احدهما فقد رضى بحكم الاسلام فيلزم اجراء حكم الاسلام فى حقه فيتعدى الى الآخر كما اذا أسلم احدهما ، وقال ابو يوسف يفرق الحاكم بينهم اذا علم ذلك سواء اترافعا الينا أم لم يترافعا (مبسوط السرخسى فى باب نكاح اهل الذمة جزء ٥ والبدائع جزء ٢ وفتح القدير جزء ٢) .

٣٩/٤١٩٤ ك س مصر (٤٢/٢/٨) ع ش ١٠٠/٧/١٣

□■□

(المبدأ ٢٨) : يجب الحكم على اهل الكتاب فى خصوماتهم متى ترافعوا الينا بما انزل الله وهو حكم الاسلام .

المنصوص عليه شرعا أنه يجب الحكم على اهل الكتاب فى خصوماتهم متى ترافعوا الينا بما أنزل الله وهو حكم الاسلام . والقول بأن مما انزل الله أن نتركهم وما يدينون فيكون الحكم بينهم طبقا لشرائعهم حكما بما

انزل الله قــول ينبــو عنه مــدلول اللفظ وضــما لأن معنى أن نتركهم وما يدينون الا نتعرض لهم فيما يدينون لا أن نحكم بينهم عند الترافع الينــا بما يدينون وقد خالف حكم الاسلام ، ولمخالفة ذلك لما اجمع عليه الفقهاء ـ ففى البدائع ص ٣١٠ جزء ٥ عنــد الكلام على زواج الذمى بالمحارم قال (وان ترافعا الى القاضي يفرق بينهما بعد الاسلام لأنهما اذا ترافعا الينا فقــد تركا ما داناه ورضيا بحكم الاسلام) ، ومن حيث أن المنصوص عليه شرعا ان كل نكاح جاز بين المسلمين فهو جائز بــين أهل الذمة لانهم يعتقــدون جوازه ونحن نعتقد ذلك فى حقهم (مبسوط السرخسى ص ٢٨ جزء ٥) وفى البــدائع ص ١٠ جـ ٢ (كــل نــكاح جــاز بين المســلمين ــ هــو الــذى اســتجمع شــرائط الجــواز التى وضــعناها ــ فهــو جــائز بين أهــل الذمة ، وأما ما فســد بين المســلمين من الأنــكحة ، فانهــا منقســمة فى حقهم الى اقسام) الخ ما ذكره ــ والقول بأن محل اعتباره اذا كان جائزا عندهم ينفيه التعميم بكل ، فالشريعــة الاسلامية ترى أن كل نكاح صح بين المســلمين يعتبر صحيحا بينهم ، فاذا اعتقــدوا خلاف ذلك تحريفا منهم لما يجب عليهم اعتقاده ــ هذا من الوجهــة الشرعية ــ أما من الوجهة القانونية فالمحاكم الشرعية انما تطبق فى أحكامهــا من الأحــكام ما أوجبه القانون بمقتضى المادة ٢٨٠ من أن الأحكام تصدر طبقا لأرجح الأقوال من ما هب ابى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

٣٩/١٨٧ ك ــ مصر (٢٠/١/٢٤) م ش ٥/٥٤

(المبدأ ٢٩) : المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ لم تمنــع ســماع دعوى النفقة الا فى حالةواحدة وهى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات

لم تمنع المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ القاضي من سماع دعوى النفقة الا فى حالة واحدة وهى دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تأريخ رفع الدعوى ، ومعنى هذا أن كل دعوى خلاف الدعوى بنفقة على هذه الحالة تسمع فدعوى نفقة الزوجة التى تقل سن الزوج فيها عن ١٨ سنة والزوجة عن ١٦ سنة تسمع . راجع المادة ١ فقرة ٧ ق ٢٥/١٩٢٠ معدلة بالقانون ١١٠٠/١٩٨٥ .

٤٢/٥٧١ السنبلاوين (١٩/٦/٤٢) م ش ٥/٧٠

(المبدأ ٣٠) : نص المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ٩١٣١ لا يصح التوسع فيه ولا يصح العمل بالمنشور الصادر من الوزارة فى سنة ١٩٣١ الــذى يقضى بان المنع من السماع عام يشمل دعوى الزوجيــة التى رفعت اســتقلالا او

ضمن دعوى النفقة لأسباب : (١) توسع فى النص من جهة ، (٢) ولأنه ليس قانونا ، (٣) ولانه صدر من نائب ولى الامر الذى لم يخول له حق تفسير هذا القانون .

ان ما رآته بعض المحاكم من ان المنع من سماع دعوى الزوجية التى تقل فيها سن احدهما عن السن القانونى عام يشمل ما اذا كانت دعوى الزوجية مقصودة استقلالا او ضمن دعوى النفقة لا معنى له مادام أن النص لم يذكر ذلك صراحة ، ولا يصح أن يتوسع فيه لأنه كان فى وسع المشرع ومن السهل عليه أن يمنع من سماع دعوى الزوجية سواء ارفعت استقلالا أم ضمن دعوى نفقة زوجية مادام ذلك مقصودا له وعلى هذا التفسير الواضح الجلى لا يصح العمل بمنشور الوزارة الصادر فى ١٩٣١/١٠/١٩ الذى يقضى بان المنع من السماع عام يشمل دعوى الزوجية التى رفعت استقلالا أو ضمن دعوى نفقة لأنه توسع فى النص من جهة ، ولانه ليس قانونا من جهة اخرى ، ولا يبطل القانون الا بقانون آخر والمنشور صادر من نائب ولى الأمر وهو وزير العدل الذى لا يملك وحده حق تفسير القانون من غير أن يخول له ولى الأمر ذلك ، على انه لو جازت التوسعة فى نص القانون لوجب المنع من سماع دعوى الطلاق من احد الزوجين على الآخر اذا كان سن احدهما يقل عن السن القانونى ، ولوجب عدم سماع دعوى الميراث المرفوعة من احدهما على الورثة الآخرين ، اذا كان سن احدهما يقل كذلك عن السن القانونى ولوجب عدم سماع دعوى الأم استلام ولدها الرضيع اذا كانت السن تقل عن السن القانونى ، ولوجب عدم سماع دعوى المطلقة بنفقة عدة لمدة لا تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ان دفع الزوج بأن سن المطلقة أقل من ١٦ سنة ، والمادة ١٧ ق ٢٥ تنص على سماع الدعوى منها على انه يحق لنا ان نسائل الذين توسعوا فى نص المادة – ماذا يقولون لو رفعت امرأة على آخر دعوى ثبوت نسب صغير منه لأنه زوج لها تزوجها بعد أول أغسطس سنة ١٩٢١ فهل تقرر عدم سماع الدعوى بناء على أن الزوجية ليست بوثيقة رسمية أو تسير فى دعوى النسب ولو لم تكن الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية – ذلك لأن المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس ١٩٣١ كما هو منصوص عليه فى ٩٩ قاصر على دعوى الزوجية لا يتعداها الى دعوى النسب مع أن النسب يترتب على الزوجية كما ترتبت النفقة عليها .

٤٢/٥٧١ السنبلاوين (٤٣/٦/١٩) م ش ٧٠/٥

□■□

(المبدأ ٣١) : المنع من سماع الدعوى أصله من الفقه .

منع القضاة من سماع الدعوى ـ وان كان قانونيا (المادة ٣٧٥ لائحة) الا ان أصله مستقى من الفقه عملا بقاعدة القضاء يتخصص .

٤٢/٦٤٠ ملوى (٤٣/١٠/٣٠) م ش ٤٦/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٣٢) : الأصل ان الافتاء بما فى المتون .

جاء فى المادة ٢٨٠ ق ١٩٣١/٧٨ ما يأتى : « يجب أن تكون الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ـ وذكر فى رد المحتار من رسم المفتى عن شرح البيرى انه ينبغى أن يكون الافتاء بقول من صرح أن الفتوى على قوله من الائمة عند عدم ذكر أهل المتون للتصحيح والا فان الحكم بما فى المتون كما لا يخفى انها صارت متواترة وأيده ما فى قضاء فوائت البحر من انه اذا اختلف التصحيح والفتوى فالعمل بما وافق المتون أولا ، جاء فى كتاب الدعوى وكتاب الشهادات بالفتاوى الخيرية أن المتون مقدمة على ما جاء بالشروح لان المتون موضوعة لنقل ظاهر المذهب الصحيح المفتى به .

٤٣/٨٢٣ ملوى (٤٤/٦/١) م ش ١٦/٩/٢٥٢

□■□

(المبدأ ٣٣) : يستقر القضاء اذا انتهت طرق الطعن فيه .

القضاء اذا انتهت طرق الطعن فيه استقر ولا يرتفع الا بطارىء .

٤٥/٧٠ ك س المنيا (٤٦/١/٢١) م ش ١٧/٣٨٦

□■□

(المبدأ ٣٤) : القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعدى الى غيره الا فى الحرية الأصلية والنسب وولاء العتاقة والنكاح فانه يتعدى الى الكافة ، وفى استحقاق البيع بالبينة فانه يتعدى الى من تلقى المقضى عليه الملك عنه .

جاء فى كتاب الأشباه والنظائر ص ١١٦ ما يأتى : « القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعدى الى غيره الا فى خمس ، ففى اربعة يتعدى الى كافة الناس فلا تسمع دعوى أحد فيه بعده فى الحرية الأصلية والنسب وولاء العتاقة والنكاح وفى واحدة يتعدى الى من تلقى المقضى عليه الملك

عنه فلو استحق المبيع من المشترى بالبينة والقضاء كان قضاء عليه وعلى من تلقى الملك عنه ، فلو برهن البائع على الملك بعده لم تقبل أ. هـ. » .

١٩٤٦/٤٢ سوهاج (٤٤/٩/٢٥) م ش ٧٢/٣/١٦

□■□

(المبدا ٣٥) : اعمال المحاكم .

للمحاكم من الوجهة القانونية عملان ـ الأول ـ هو الفصل فى الخصومات فصلا قضائيا حاسما بين متخاصمين ، وهذا العمل هو ما اصطلح على تسميته بالوظيفة القضائية ، ولا يكون الا فى منازعة على حق والأصل فيه أنه يحوز قوة الشىء المحكوم فيه ـ والثانى ـ ليس من قبيل القضاء بالمعنى السابق بل هو أقرب الى العمل الادارى منه الى العمل القضائى ، وهو ما اصطلح على تسميته بالوظيفة الولائية للقاضى أى يباشره بما له من الولاية العامة وحلوله فيه محل صاحبه الأصلى .

٤٨/٢٤ العليا (٤٨/٩/٢٧) م ش ١٥٨/٢٠

□■□

(المبدا ٣٦) : الحجج التى يقضى بها .

نص فقهاء الحنفية على أن الحجج التى يقضى بها هى ـ الاقرار ـ البينة ـ اليمين ـ الكنول ـ علم القاضى ـ القسمامة . وذكر ابن الفرس منها القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصير فى حيز المقصود به .

٣١/١٤٥ قنا (٥١/١/١٦) م ش ٤٩٩/٢٢

□■□

(المبدا ٣٧) : يحكم فى دعاوى الحبس بمقتضى اليمين والنكول اذا عجزت المدعيه عن الاثبات وطلبت اليمين .

يحكم فى دعاوى الحبس بمقتضى اليمين والنكول اذا عجزت المدعية عن الاثبات وطلبت اليمين .

١٩٥٠/١٤٥ قنا (٥١/١/١٦) م ش ٤٩٨/٢٢

□■□

(المبدا ٣٨) : مفهوم المخالفة فى كلام الناس معمول به وغير معطل والمفاهيم لها دلالاتها .

من المقرر عند عامة علماء اصول الفقه الاسلامى حتى الحنفية أن مفهوم المخالفة فى كلام الناس معمول به وغير معطل والمفاهيم لها دلالاتها . واذا نظرنا على ضوء هذه القاعدة الى منطوق الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ نجد ان النهى فيها منصب على سماع دعوى الزوجية فقط اذا كانت سن الزوجية تقل عن ستة عشر سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة ، اما سماع غير ذلك وهو مفهوم المخالفة فان الفقرة المذكورة لم تتعرض له بالنهى لا صراحة ولا دلالة فيبقى الحكم الشرعى فى ذلك على اصله ومفهوم المخالفة معمول به — وهو سماع دعوى الزوجية فى الحالة المشار اليها تشريع استثنائى فالواجب فى تطبيقه مراعاة مورد النص فقط حصرا له فى اضيق دائرة لأنه تشريع ضرورة والضرورة تقدر بقدرها ولا ينبغى أن يتوسع فيه ما يتوسع فى غيره ولا نخشى أن نتهم فى ذلك بالجمود فان الجمود كله هو أن تزيد الحرج حرجا والحجر حجرا آخر .

قد يقال أن روح التشريع يجعل دعاوى أثار الزوجية من مشتملات النهى عن سماع دعوى الزوجية وأن الواجب تطبيقه نصا وروحا ، ونحن نرى أن هذا تعسف فى التطبيق وتحميل للقانون مالا يطيق وقد كان فى وسع المشرع ان ينص صراحة على عدم سماع دعاوى آثار الزوجية وما كانت تعوزه العبارة الا أنه لم يفعل ذلك أيضا للأصل الشرعى وهو السماع واحتراما لتلك الآثار ، على أن اقتصار المشرع على عدم سماع دعوى الزوجية وهو فى مقام البيان يفيد الحصر وأن القوانين لا يكتفى فيها بملزوم عن لازم ولا بلازم عن ملزوم ولا يصح أن يقال أن هذا الاقتصار من المشرع حاصل غير مقصود بل هو حاصل مقصود بدليل أن المشرع قد تحاشى أن يمس الناحية الشرعية الخاصة بأثار الزوجية كما تحاشى أيضا أن يمس عقد الزواج نفسه ولم يشأ أن يتعرض لهذا العقد فى هذه السن المبكرة فيقول انه عقد باطل أو أن البطلان يلحقه — قد تحاشى كل ذلك حتى يتفادى الهدم والتعقيد وهو يسلك طريق البناء والتجديد — وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون « وظاهر أن هذا المنع لا تاثير له شرعا فى دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحة القديمة ، ولاشك أن دعاوى النسب التى بقيت على حكمها أثر من اثار الزوجية ، وبما أن هذا المنع لا تاثير له فى هذا الأثر فلن يكون له تاثير ايضا فى باقى آثار الزوجية

اذ لا فرق بين اثر واثر والتفرقة بين الآثار ووحدة المؤثر تحكم ظاهر وترجيح بلا مرجح .

٤١/٦٩٧ ابو قرقاص (٤٢/٦/٤) م ش ٢٤١/١٤

□■□

(المبدأ ٣٩) : المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ منعت من سماع بعض دعاوى حصرتها حصرا كافيا .

وضعت المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة فمنعت من سماع بعض الدعاوى وحددتها تحديدا تاما وحصرتها حصرا كافيا وهى – (١) دعوى الزوجية والطلاق والاقرار بهما عند الانكار على الوجه المبين بها ، (٢) ودعوى الزوجية والاقرار بهما عند الانكار الا اذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول اغسطس سنة ١٩٣١ ، (٣) دعوى الزوجية اذا كان سن الزوجة أو سن الزوج تقل عن ١٦ او ١٨ سنة ، (٤) دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى(١) ، (٥) دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين الآخر الا اذا كانا يدينان بوقع الطلاق .

٤٢/٧٥١ السنلاوين (٤٣/٦/١٩) م ش ٧٠/٥

□■□

(المبدأ ٤٠) : المقلد المحض ليس له ان يقضى الا بما هو ظاهر المذهب الراجح .

المقلد المحض ليس له ان يقضى الا بما هو ظاهر المذهب الراجح ، فاذا ما خالف كان معزولا ولا ينفذ قضاؤه وليس القضاء برأيه فيما لم يجد فيه نصا عن أحد ولا يكتفى بوجود نظيره فيما يقاربه فانه لا يأمن أن يكون بين حادثته وما وجده فرقا لم يصل اليه فهمه – فكم من مسالة فرقوا بينهما وبين نظيرتها حتى الفت كتب الفروق لذلك – فلو كان الأمر الى افهامنا لم تدرك الفرق بينهما ، وقد قال العلامة ابن نجيم صاحب البحر من الفوائد الزينبية لا يحل الافتاء من القواعد والضوابط وانما على المفتى حكاية النقل الصريح – وان المقرر فى المذاهب الأربعة أن قواعد الفقة اكثرية فمن لم يجد نقلا صريحا ولم يكن من اهل الاجتهاد فلا يحل له أن يفتى الا بطريق الحكاية ، فيحكى ما يحفظه عن الفقهاء والغالب أن عدم وجدانه النص لقلة اطلاعه أو عدم معرفته بموضع المسالة وقلما تقع حادثة الا ولها ذكر فى كتب المذهب اما بعينها او بذكر قاعدة كلية تشملها كما نص على ذلك العلامة ابن عابدين وفى رسالته رسم المفتى ص ٢٣ ، ٣٤ ، ٣٥ ، ٥١ ، ٥٢ الجزء الأول من رسائله .

٢٣/١٥٧٦ الجمالية (٣٤/٥/٢) م ش ٧٨٠/٦

---

(١) راجع المادة ١ فقرة ٧ ق ٢٥/١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠/١٩٨٥

قـوامة

(المبدأ ١) اختيار من يصلح للقوامة عند عدم وجود الأب او الجـد او عدم صلاحيتهم .

اختيار من يصلح للقوامة فى حالة عدم وجود الابن او الأب او الجـد وهم اصحاب الأولوية فيها ، او عدم صلاحية احد من هؤلاء ، هو مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، بلا رقابة عليه من محكمـة النقض ، متى اقام قضاءه على أسباب سائغة ، لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد اشترطت فيمن تختاره قيما على المحجور عليه ، الخبرة والتمرس بأعمال التجارة ، لأنه من المشتغلين بتجارة الأجهزة والأدوات الكهربائية ، ويمتلك عقارات ، وهو شرط لا مخالفة فيه للقانون ، بل تطبيق لما تنص به المادة ٢٧ التى أحالت اليها المادة ٦١ من الرسوم بقانون سالف الذكر من ان يـكون القيم كفؤا ذا قدرة على ادارة شئون المحجـور عليه ، ثم رأت المحكمـة فى حدود سلطتها التقديرية تنحية الطاعنة وهى زوجة المحجور عليه من القوامة لأنه لا تتوافر فيها الخبرة لادارة محلاته واستغلال عقاراته ، وان أسـباب الصلاحية انما تتوافر فى خاله ، وكانت الاعتبارات التى اسـتندت اليهـا المحكمة سائغة ، وتؤدى الى النتيجـة التى انتهت اليهـا ، فان ما تنعـاه الطاعنة على الحكم ، لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز قبـوله امام محكمة النقض .

نقض ٣٨/١٧ ق (٧٢/٣/٢٢) س ٢٣ ص ٤٦٣

□■□

(المبدأ ٢) : وجوب أن يكون القيم على المحجور عليـه عدلا كفؤا ذا اهلية كاملة ــ المقصود بشرط الكفاية .

تنص المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال الصادر بقانون رقم ١١٩/ ١٩٥٢ على أن تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجـد ثم لمن تختـاره المحكمة ، وتقضى المادة ٦٩ من هذا القانون بانه يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى ، وفقا لما نصت عليه المادة ٢٧ ، ويتعين تطبيقا للفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة أن يكون القيم عدلا كفؤا ذا اهليـة كاملة ، والمفهـوم من اصطلاح الكفاية بشأن القيم ــ وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضـاحية للقانون بالنسبة للوصى ــ هو أن يكون أهلا للقيام على شئون المحجور عليه ، وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفة الذكر اسـناد القـوامة الى من

يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى ، اذا اتضح ان النزاع ليس من شانه ان يعرض مصالحه للخطر ، وتوافرت فى هذا المرشح سائر اسباب الصلاحية .

نقض ٣٨/١٧ ق (٧٢/٣/٢٢) س ٤٦٢/٢٣

□■□

(المبدأ ٣) : لا يجوز اسناد القوامة الى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى . شرطه .

مؤدى المادتين ٢٧ ، ٦٩ من قانون الولاية على المال انه لا يجوز اسناد القوامة الى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى من شانه ان يعرض مصالحه للخطر .

نقض ٥١/١٩ ق (١٩٨٢/٤/١٣) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٤) : عزل القيم .

متى كانت المادة ٤٩ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ الوارادة بشأن عزل الأوصياء والتى تسرى فى حق القامة وفقا لنص المادة ٧٨ منه قد حصرت اسباب العزل فى سببين اولهما : ان يكون بالوصى سبب من اسباب عدم الصلاحية المبينة فى المادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائما وقت التعيين وثانيهما : ان يسىء الادارة او يهمل فيها أو يصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر ، وكانت المادة ٦٨ من ذات القانون وان أوردت بيانا بأولوية الصالحين للقوامة فنصت على أن « تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » الا أن هذا الترتيب لا يعدو أن يكون قيدا على المحكمة فى الاختيار وقت التعيين ، فلا يستقيم سببا لعزل القيم اذا ظهر فيما بعد وجود من له الأولاوية فى التعيين لان الأمر فى هذه الحالة لا يتعلق باختيار من يصلح للقوامة وانما يرتبط بعزل القيم الذى تم تعيينه بالفعل، وهو ما لا يتأتى الا اذا توافر فيه سبب من أسباب العزل المنصوص عليهما فى المادة ٤٩ سالفة البيان ، واذا كان البين من الأوراق ان المطعون ضده

الثانى اسس طلب تعيينه قيما على المحجور عليه بدلا من الطاعنة على مجرد أولويته فى التعيين دون أن ينسب الى الطاعنة ما ينال من صلاحيتها للاستمرار فى القوامة ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بتأييد قرار عزل الطاعنة على مجرد أولوية المطعون ضده الثانى بالقوامة عملا بنص المادة ٦٨ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ دون ان يستظهر قيام سبب من اسباب عدم الصلاحية للقوامة بالطاعنة او انها أساءت الادارة او اهملت فيها او اصبح فى بقائها خطر على مصلحة المحجور عليه ، بانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

طعن ٥١/١٤ ق (١٩٨٢/٦/٨) لم ينشر

□■□

(ك)

كفــاءة

كفـــــالة

كفاءة

(المبدأ ١) : الكفاءة ليست شرطا اساسيا لصحة النكاح .

الكفاءة ليست شرطا اساسيا لصحة النكاح ، كحضرة الشهود مثلا ، والا ما سقط اعتبارها عند عدم الولى ، ولا تسقط برضاء أحد الأولياء ، مع تضرر الباقين ، انما وجب اعتبارها بقدر ، دفعا لضرر التعبير عن كتلة الأولياء فى الاعتراض اذا ولدت ، رعاية لحق الولد ــ وقد استظهر صاحب البحر ان القول بالسقوط هو المذهب الصحيح (راجع عند قول المتن ورضاء البعض كالكل) وجاء بعده ما ذكرنا من أن الكفاءة ليست شرطا أساسيا فى نظرهم انما تثبت مراعاتها بقدر اعتبار خاص ، ومصلحة الولد فوق هذا الاعتبار .

٤٢/١٨١٢ طنطا (٤١/٢/١٢)　　　　م ش ٤٨/٦/١٦

□■□

(المبدأ ٢) : الكفاءة فى النسب تكون عند العرب .

ان اعتبار الكفاءة فى النسب انما تكون بين العرب ، وغير العرب بعضهم اكفاء لبعض .

٤٦/٨٢٩ شبرا (٤٨/٤/١)　　　　م ش ٤٩٨/٢٢

□■□

(المبدأ ٣) : تعتبر الكفاءة عند ابتداء النكاح .

الكفاءة تعتبر عند ابتداء النكاح ، ولا يعتبر استمرارها كما نص على ذلك الفقهاء .

٤٦/٨٢٩ شبرا (٤٨/٤/١) ت س　　　　م ش ٤٨٩/٢٢

□■□

(المبدأ ٤) : المراد فى الكفاءة ما يدفع العار فى العرف ــ اذا كان الشخص على حال لا يكون به كفئا لغيره ثم انتقل الى ما به يساويه فى تلك الحال لا يكون كفئا ــ احد النسبين اذا كان مشهورا لا يكافئه النسب غير المشهور .

ان الكفاءة فى النكاح ليست قاصرة على اشياء مخصوصة ، بل المدار فيها على ما يدفع العار فى العرف ، ولاشك ان العرف يقضى بأن حسب الآباء والاجداد ، وجاههم من أجل ما يتفاخر به بين الناس ، وهذا مما هو معروف مشهور لا يحتاج الى اثبات ولا يقبل فيه انكار .

نص الفقهاء على ان الشخص اذا كان على حال لا يكون به كفئا لغيره ، وانتقل الى ما به يساويه فى تلك الحال ، لا يكون كفئا لأن الحالة الأولى وان زالت يبقى عارها وهو موافق لما هو حال الناس من العرف الذى لا يختلف فيه اثنان ، فطروء الجاه لشخص المدعى عليه بعد أن لم يكن ، لا يصيره كفئا لمن نشأت فى بيت الجاه الذى اعترف به المدعى عليه للمدعى . نص الامام محمد بن الحسن أن أحد النسبين اذا كان مشهورا لا يكافئه النسب غير المشهور اذا ترتب على ذلك فتنة .

٢٤/٢٦٦٠ ك س مصر (٢٧/٤/٢) م س ٨١/٢

□■□

(المبدأ ٥) : الكفاءة فى المال تكون بملك المهر والنفقة .

ان الكفاءة فى المال تكون بملك المهر ، والنفقة ، وهو المعتبر فى ظاهر الرواية ولا تعتبر الزيادة ، حتى أن من يملكها يكون كفؤا لصاحبة المال الكثير ، وهو الصحيح من الذهب ، والمراد بالمهر هو المعجل ، ولا يعتبر الباقى كما نص على ذلك الفقهاء .

٤٦/٨٢٩٨ شبرا (٤٨/٤/١) ت س م ش ٤٨٩/٢٢

□■□

(المبدأ ٦) : الكفاءة المترتبة على معيشة الابن مع ابيه قاصرة على المهر دون النفقة ، فيحكم على الكبير (الذى يعيش مع والده الغنى) بما يناسب حاله من نفقة الزوجة بدون نظر الى غنى أبيه لأن الزوج لا يعتبر غنيا بغنى أبيه الذى يعيش معه .

المنصوص عليه فى شرح الدر المختار فى باب الكفاءة ، أن الصبى كفؤ للغنية بغنى أبيه أو أمه او جده بالنسبة للمهر دون النفقة ، لأن العادة جرت أن الاباء يتحملون عن الأبناء المهر ، لا النفقة ، وما استظهره العلامة ابن عابدين ، من انه لو جرت العادة بتحمل الأب النفقة عن ابنه الصغير والكبير يكون كفؤا ، وأن المتبادر من كلام الهداية وغيرها يؤيده فى ذلك قد علق عليه العلامة الرافعى فى الجزء الأول من تقريره ، بانه غير مسلم ، وليس فى الهداية ما يؤيده . على أن النص الوارد بشرح الدر نقل فى البحر تصحيحه عن المجتبى ـ هذا الى ان ما ورد فى المتون ، مقدم فى الترجيح على ما فى الشروح ، او ما فى الشروح مقدم على ما فى الحواشى ، ومن حيث انه يؤخذ من ذلك

النص ، الذى استندت اليه المحكمة الجزئية فى جريان العرف والعادة ، خاص بالصغير دون الكبير بالمهر دون النفقة ليس على اطلاقه .

ومن حيث ان محكمة الاستئناف لو سايرت محكمة الدرجة الأولى فيما ذهبت اليه ، من جريان العرف والعادة فى اعتبار الزوج الفقير غنيا بغنى والده ، لما حكم بطلاق زوجه الفقير المعسر بالنفقة لان والده غنى ، ولا حكم بحبس الفقير نظير النفقة لغنى والده . والفقه يأبى ذلك كما يأباه القانون ـ على أن ما ذهبت اليه المحكمة الجزئية اجتهاد فى مقابلة النص فقد نصت المادة ٢٨٠ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ بوجوب صدور الأحكام طبقا لما دون به ولأرجح الاقوال من مذهب ابى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فانه يجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد ونصت المادة السادسة عشر من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ على اعتبار حالة الزوج فقط يسارا واعسارا .

٣٦/٢٠٢ س ك اسيوط (٢٧/٧/٧) م ش ٥٣/١/٩

□■□

(المبدا ٧) : حق الأولياء فى الاعتراض على الزواج بحجة عدم التكافؤ يسقط بالحبل الظاهر وبالولادة .

جاء فى العناية جزء ٢ ص ٣٩٣ عند قوله : « ولكن للولى الاعتراض فى غير الكفء » يعنى اذا لم تلد من الزواج ـ أما اذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كى لا يضيع الولد ممن يربيه وذكر بالصحيفة ٤١٩ واذا زوجت المراة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم معنى ، ما لم تلد ـ وجاء فى باب الولى بالجزء الثانى من ابن عابدين بمتن تنوير الأبصار ص ٤٠٨ ما يأتى : « وله أى للولى اذا كان عصبة الاعتراض فى غير الكفء ما لم تلد منه ـ وجاء فى الفتاوى الخانية جزء ٢ ص ٢٥٢ فى فصل الكفاءة : (اذا زوجت المراة نفسها من غير كفء كان للأولياء حق الفسخ ما لم تلد منه) ويظهر من هذا جليا أن مناط النص العناية بالولد وتربيته ـ وأن حق الولد مقدم على حق الأولياء سواء سكت الأولياء الى ان ولد ، او لم يسكتوا ، وأن هذا النص على اطلاقه .

٤٢/١٨١٣ طنطا (٤٤/٣/١٢) م ش ٢٤٨/٦/١٦

□■□

(المبدا ٨) : رضاء احد الأولياء المتساويين فى الدرجة بزواج غير الكفء يسقط حق الباقين فى الاعتراض .

صرح الفقهاء بأن رضاء احد الأولياء المتساويين فى الدرجة بزواج غير الكفء ، يسقط حق الباقين فى الاعتراض .

٤٢/١٨١٣ طنطا (٤٤/٣/١٢) م ش ٢٤٨/٦/١٦

□■□

(المبدأ ٩) : يحال بين من يدعى عدم الكفاءة بينهما فى الزواج متى قدم للمحكمة ما يمهد لثبوت الدعوى قبل الحكم فيها ـ عدم الكفاءة فى الحرفة والمال وكون الزواج باقل من مهر المثل موجب للحكم بفسخ الزواج .

أن المنصوص عليه شرعا أن للولى الاعتراض فى غير الكفء ، وأن المفتى به هو عدم جواز العقد أصلا ، وأن للولى العصبه حق الاعتراض اذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، حتى يتم مهر المثل ، أو يفرق القاضى . وكتب الفقه كلها متفقة على هذا . فقد جاء فى شرح الدر المختار فى باب ما نصه : « وللولى اذا كان عصبه ولو غير محرم كابن العم فى الأصح (خانية) الاعتراض فى غير الكفء ، فيفسخه القاضى ويتجدد النكاح ، ما لم يسكت حتى تلد منه، لئلا يضيع الولد ، وينبغى الحاق الحبل الظاهر به ، ويفتى فى غير الكفء بعدم جوازه أصلا ، وهو المختار للفتوى لفساد الزمان . وجاء فيه أيضا فى باب الكفاءة ما نصه : « واذا نكحت بأقل من مهرها فللولى العصبة الاعتراض حتى يتم مهر مثلها أو يفرق القاضى بينهما دفعا للعار » لهذا فسخ عقد النكاح .

هذا ويلاحظ أن ما رآه الفقهاء لا يصطدم بحال مع حق الزوجة فى اختيار زوجها ، لأنه لا يملك أحد الاعتراض عليها متى وفقت فى اختيارها ، وانهم ما حدوا من سلطتها الا حرصا على مستقبلها ، ورغبة فى تدعيم حياتها الزوجية ، وايجاد التناسل بينها وبين زوجها ـ فاذا ما أباح الشارع الحكيم للعاصب أن يتقدم للقاضى معترضا على الزواج بغير الكفء ، وبأقل من مهر المثل حتى يتمه ، فانه لا يكون قد حاد عن الجادة ، أو رمى الى فكرة استبدادية ، وانما يكون قد نظر الى المصلحة ، وقد علم ان المرأة تستغوى. وتذهب ضحية سذاجتها ، وتصديقها الوعود التى يتقدم بها الرجل ، حتى اذا خبرته وعرفت أمره ورجعت الى الروابط العائلية وادركت انها لا تستطيع الانفكاك عنها ، ندمت على ما فعلت وحاولت الخلاص من هذا الزواج

٢٩/٢٢٧٢ الجمالية (٣٠/٩/٦) ت س   م ش ٦٦٢/٢

□■□

(المبدأ ١٠) : من نكحت غير كفء وليس لها ولى كان نكاحها صحيحا.

صرح الفقهاء بأن من نكحت غير كفء ، وليس لها ولى كان نكاحها صحيحا اتفاقا .

٤٢/١٨١٢ طنطا (٤٤/٣/١٢)   م ش ٢٤٨/٩/١٦

□■□

كفالة (١)

(المبدأ ١) : الكفالة هى ضم ذمة الى اخرى ـ وللدائن حق مطالبة ايهما شاء ويصح تعليقها بالشرط .

عين .

٩٢/٢٨ شبراخيت (٢٥/٤/٢٩)　　　م ش ١/٣١٨

(المبدأ ٢) : الكفالة هى ضم ذمة الى اخرى ـ والدائن حق مطالبة ايهما شاء ويصح تعليقها بالشرط .

الكفالة شرعا ضم ذمة الى أخرى فى المطالبة ، وللدائن حق مطالبة أيهما شاء ، غير ان الكفالة يصح شرعا تعليقها بالشرط الملائم ، كأن نوى ما لك على فلان فأنا به ضمين ، وان راح لك عليه شىء فأنا ضامن لذلك ـ وتتأخر المطالبة الى وجود الشروط ـ ابن عابدين والسرور ص ٤٩٦ جزء ٤ .

٣٧٨/٢٩ شبراخيث (١٨/٩/٣٠)　　　م ش ٥/٧٦٤

□■□

(المبدأ ٣) : الكفالة عقد تبرع .

الكفالة عقد تبرع ، كالنذر ، لا يقصد به سوى ثواب الله ، أو دفع الضيق عن الحبيب ، فلا يبالى (أى الكفيل) بما التزم به فى ذلك ، ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيين المقدار حين قال : « ما كان عليه فعلى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة أ. هـ. » وقال تعليقا على قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشرط بعد كلام طويل ـ والحاصل أن جهالة هذا المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا ـ وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا ، وجهالة المكفول عنه فى التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة ، وفى التنجيز لا تمنع أ. هـ. وعلى الاسس التى ذكرها الفقهاء فى باب الكفالة صححوا الكفالة بما ذاب لك على فلان مع جهالة المكفول به ـ وأخذ المرأة كفيلا بنفقتها مع جهالة المدة ومقدار النفقة ، وبعد أن بين فى الهداية ما هية الكفالة بالمال ـ وعلق عليه صاحب

□■□

---

(١) الكفالة هى الضم لغة ـ قال الله تعالى وكفلها زكريا ـ ثم قيل هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والأول أصح (هداية جـ ٣).

الفتح بما سبق شرع المتن فى بيان حكم الكفالة بالمال فقال : « والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذى عليه الاصل أى المدين ـ كما ذكر ذلك صاحب العناية ، وان شاء طالب كفيله ، ولو طالب احداهما له أن يطالب الآخر ـ وله ان يطالبهما » وقال صاحب الفتح تعليقا على ذلك ـ لأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة ، وذلك يسوغ مطالبتهما او مطالبة أيهما شاء أ. هـ».

١٥٠/٤٤٥ قويسنا (٥٠/٦/١٧)　　　　م ش ٥٤٦/٢١

(المبدأ ٤) : ركن الكفالة ايجاب من الكفيل وقبول من المكفول له .

ركن الكفالة الايجاب من الكفيل ، والقبول من المكفول له ، ولو بقبول فضولى عنه المجلس ـ ولم يجعل الثانى ركنا ، واختلف على قبوله ، فقيل تتوقف على اجازة الطالب ، وقيل تنفذ وللطالب الرد كما فى البحر وهو الاصح . المحيط . وبقول الثانى يفتى كما فى الدر والبزازية وفى أنفع الوسائل وغيره الفتوى على قولهما وهذا فى حال الانشاء . أما فى حال الاخبار فتحمل على الصحة . وشرطها كون المكفول مقدور التسليم ، وأن يكون مضمونا على الاصيل وأن يكون الدين لازما وصحيحا ، وهو ما لا يسقط الا بالأداء او الابراء ـ وكان القياس على هذا الا تصح كفالة بنفقة الزوجية قبل القضاء بها او الرضاء وما لم تكن مستدانة بأمر القاضى ولكن الاستحسان ان الكفالة بها صحيحة ولو لم تكن مستدانة كما استحسنوا أنه لو كفل لها رجل بالنفقة ابدا مادامت زوجة جاز ، وكذا اذا لم يذكر التابيد عند أبى يوسف وهو الاوفق وعليه الفتوى . وكذا اذا لم يذكر مقدارا معينا كل شهر ، ويكون كأنه كفل لها بما ذاب على الزوج ، اى بما يثبت عليه ، بعد ، والكفالة بذلك جائزة فى غير النفقة فكذا فى النفقة .

٢٨/٩٢ شبرا خيت (٢٩/٤/٢٥)　　　　م ش ٢١٨/١

□■□

(المبدأ ٥) : ركن الكفالة ايجاب وقبول .

ركن الكفالة ، ايجاب وقبول ، والقبول يكون باللفظ وبالدلالة ـ وروى عن أبى يوسف رحمه الله ، أنها تتم بالكفيل وحده ، وعليه الفتوى ـ واذا شرط فيها براءة الأصيل، تكون حوالة فتبرأ ذمة الأصيل وكفيله من الدين، والمطالبة معا ، ويجب الأداء على المحتال عليه ، وليس للمحتال حق الرجوع على المحيل بدينه الا فى أحوال مخصوصة .

٣٧/١٢٣٥ كفر الزيات (٣٩/٢/٣)　　　　م ش ٤٦٢/١٠

□■□

(المبدأ ٦) : الخلاف حول كون القبول ركنا فى الكفالة .

حيث ان الامام وصاحبيه وان اختلفوا فى القبول ، هل هو ركن فى

الكفالة ثم لا ، فقال الامام محمد ، هو ركن ، ولا تصح الكفالة الا بالقبول فى المجلس — وقال ابو يوسف اخيرا ان القبول ليس ركنا — والكفالة بالايجاب وحده صحيحة . فقد اختلف النقل فيما هو مفتى به ، فقد جاء فى انفع الوسائل بعد أن ذكر أقوالا فى هذا (قلت فتحرر لنا من هذا أن الكفالة بالنفس أو المال لا تصح الا بقبول المكفول له فى المجلس ، أو يقبل عنه فضولى ، ثم يجيز ذلك ، اذا بلغه فتصح ، وهذا عن أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف فى قوله الآخر ، لا يحتاج الى قبول لا من المكفول له ولا ولا من الفضولى (الفتوى على أقوالهما) — وجاء فى الفتاوى الأنقروية ما نصه : (اذا كان المكفول له غائبا ، فهى باطلة ، خلافا للثانى — واجمعوا انه لو أخبر عن الكفالة حال غيبته يجوز، ولو كان المكفول عنه غائبا ، فكفل وأجاز الطالب وهو حاضر جاز ، وان قبل عن الغائب فى المجلس قابل توقف ، وان لم يقبل عنه قابل بطل عندهما ، وفى بعض الكتب والفتوى على القول الثانى — وقال فى هامشها عند قوله فهى باطلة خلافا للثانى اذا لم يقبل عن الغائب فى المجلس رجل ، فان قبل أو خاطب الفضولى عن الطالب بأن قال تضمن لفلان أو اضمن لفلان، فقال قد فعلت يتوقف عن اجازة الغائب وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل اجازة الغائب — كذا فى الخلاصة ، وجاء بحاشية ابن عابدين فى الكفالة عند قول المتن وركنها الايجاب والقبول بعد ذكر الخلاف المتقدم ما نصه « وفى الدر والبزازية وبقول الثانى يفتى ، وفى انفع الوسائل وغيره الفتوى على قولهما » وبذلك لا يكون القبول فى الكفالة على قول أبى يوسف ركنا ، وتصح الكفالة بدونه — وقد نقل أن عليه الفتوى فى بعض الكتب كما توضح ولا تكون الكفالة باطلة على فرض عدم وجوده .

٩٣١/٤٢٧ ك س أسيوط (٣٢/١١/١٢) م ش ٤٤٠/٤

□■□

(المبدأ ٧) : الكفالة ثلاثة أنواع : كفالة بالنفس — وكفالة بالمال — وكفالة بالتسليم .

قال الفقهاء ان الكفالة انواع كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال ، وكفالة بالتسليم ، وبعضهم أدخل الكفالة بالتسليم فى الكفالة بالمال .

٤٤/١٥٤٣ نجع حمادى (٤٥/٤/٣) م ش ٨٣/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٨) : كفالة المال قسمان :

كفالة المال قسمان كفالة بنفس المال ، وكفالة بتقاضيه .

٢٨/٩٢ شبرا خييت (٢٩/٤/٢٥) م ش ٣١٨/١

□■□

(المبدأ ٩) : كفالة الأعيان نوعان كفالة باعيان مضمونة وكفالة هى امانة غير واجبة التسليم .

كفالة الاعيان نوعان : كفالة بأعيان مضمونة ، وهى تصح فيها كفالة وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع ... الخ . وكفالة باعيان هى أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضارب ... الخ . مما ليس بواجب التسليم اصلا ، وهذه لا تصح الكفالة فيها أصلا .

٤٤/٥٦٧ أسيوط (٤٥/٦/١١) م ش ١٦١/١٧

□■□

(المبدأ ١٠) : مبنى الفاظ الكفالة على العرف .

المنصوص عليه فى الكتب الفقهية المعتبرة فى المذهب ، أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة ، وأن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه ، سواء وافق عرف اللغة أولا — وأنه لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصداه .

٤٢/١٣٧٩ منوف (٤٤/١/١٢) م ش ١٧٥/١٩

□■□

(المبدأ ١١) : شرط صحة الكفالة ان يكون المكفول مضمونا على الأصيل .

شرط صحة الكفالة أن يكون المكفول مضمونا على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه الا بدفعة أو بدفع بدله ، ليتحقق معنى الضم ، فيجب الضمان على الكفيل حينئذ .

٤٤/٥٦٧ أسيوط (٤٥/٦/١١) م ش ١٦١/١٧

□■□

(المبدأ ١٢) : حكم الكفالة .

عرف الفقهاء الكفالة بأنها ضم ذمة الى ذمة أخرى فى المطالبة وحكمها ثبوت الخيار لصاحب الدين ، ان شاء طالب الذى عليه الدين ، وان شاء طالب كفيله ، متى كان المكفول به دينا صحيحا ، سواء أكان معلوما ، ام مجهولا . فقد جاء فى متن الهداية : « وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بألف — أو بمالك عليه أو بما يدركك فى هذا البيع — وعلق على ذلك الشارح بقوله لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة ، وقال صاحب فتح القدير تعليقا على قول المتن : « وأما الكفالة بالمال » والكفالة بالمال جائز وان كان المال المكفول به مجهول المقدار .

٥٠/٤٤٥ قويسنا (٥٠/٦/١٧) م ش ٥٤٦/٣١

(المبدا ١٣) لذا لم يذكر الكفيل مدة ولا مقدار ما يكفل يصير كانه كفل بما ذاب على الزوج .

حيث ان الكفيل لم يذكر مدة ، ولا مقدار ، فيصير كأنه كفل لها بما ذاب على الزوج - وعلق ابن عابدين على قول ذاب اى ما يثبت قال فى الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل - وهذا فى غير عرف اهل الكوفة اما المنصورية والذوب واللزوم يراد بهما القضاء فيما لم يقض بالمكفول بعد فى عرف اهل الكوفة فالذوب واللزم عبارة عن الوجوب وان لم يقضى به أ.هـ وهذا - اى ما ذاب - ماض أريد به المستقبل كما فى الهداية أى لأنه معنى الشرط فلا يلزم الكفيل ما لم يقضى به على الأصيل بعد الكفالة - وقال فى موضع آخر كفلت لك بما ذاب على فلان اى بما ثبت عليه بالقضاء ص ٢٩٥ جزء ٤ .

٢٨/٩٢ دسبرا خيت (٢٩/٤/٢٥)   م ش ٣١٨/١

□■□

(المبدا ١٤) : الكفالة التى اقتها القانون بمدة هى كفالة مؤقتة تنتهى بانتهاء تلك المدة وبعدها يبرأ الكفيل بلا خلاف .

ان المدة القانونية ملحوظة بلا شك فى عقد الكفالة وكأن الكفيل يقول للمكفول له : « كفلت لك فلانا من الآن الى انتهاء المدة التى نص عليها القانون وبعدها لا » فهى كفالة مؤقتة بمقتضى القانون .

ومن حيث ان الفقهاء قد نصوا على انه : « لو قال كفلت فلانا من هذه الساعة الى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف » وانه كفيل فى المدة فقط ، وبعدها يبدأ الكفيل .

٤١/٢٤٨ أبو قرقاص (٤٢/٦/٣٠)   م ش ٦٧/١٥

□■□

(المبدا ١٥) : لا معنى للكفالة بالجهاز سوى ان ما غصب من اعيانه او جحد او ضاع او تلف فعلى الضامن . فهى كفالة معلقة بالشرط.

ان الكفالة بالجهاز صحيحه شرعا ، اذ العبرة فى تكييف العقود بمعانيها والمرمى المقصود منها ، دون الفاظها ومبانيها . وانه لواضح كل الوضوح ، انه لا معنى لكفالة الجهاز ، سوى أن ما غصب من اعيانه ، أو جحد ، أو ضاع ، أو تلف ، فعلى الضامن . فهى كفالة معلقة بالشرط قطعا ، وقد نص الفقهاء على صحتها . جاء فى الجزء الرابع من ابن عابدين ص ٢٩١ باب الكفالة ما يأتى « وتصح الكفالة بما غصبك فلان فعلى وكذا ما أتلف لك

المودع فعلى وكذا كل الأمانات ـ كذا فى جامع الفصوليين ـ فما ذهب اليه بعض الباحثين من عدم صحة الكفالة بالجهاز لأنه امانة ، والكفالة بالأمانات باطلة ليس صحيحا ـ لأن محل عدم صحة الكفالة بالأمانة انما هو فيما اذا كانت الكفالة غير معلقة على شرط ملائم ، اما اذا كان مغزى عقد الكفالة وما يهدف اليه وما يحمله فى ثناياه وطياته انما هو هـذا التعليق ، كمـا هو الشأن فى الكفالة بالجهاز كانت الكفالة به صحيحا قطعا كمـا يدل على ذلك ما نقلناه عن ابن عابدين .

٤٦/٦٩٣ اسيوط (٤٧/٥/٢١) م ش ٤٢٠/٢١

□■□

(المبدأ ١٦) : تصح الكفالة بالشرط الملائم .

يصح تعليق الكفالة بالشرط الملائم ، كان نوى مالك على فلان فانا به ضمين ، أو ان راح لك عليه شىء ، فانا ضامن له ، أو ان امتنـع عن الأداء فانا ضامن لذلك ، كما نص على ذلك فى الدر وابن عابدين ص ٢٩١ جزء ٤ .

٢٨/٩٢ شبراخيت (٢٩/٤/٢٥) م ش ٣١٨/١

□■□

(المبدأ ١٧) : الكفالة المعلقة تصير منجزة بالتعدى .

الكفالة المعلقة تصير منجزة بالتعـدى ، وللمكفـول له حق مطالبة الكفيل بتسليم العين ان كانت قائمة أو بقيمتها ان كانت هالكة أو مستهلكة.

٢٨/١٤ س ك بنى سويف (٢٨/١٢/١١) م ش ٢٥٠/١٥

□■□

(المبدأ ١٨) : لورثة الدائن مطالبته الملتزم والكفيل .

اذا التزم انسان بان يدفع مبلغا وكفله آخر فى ذلك ومات صـاحب المبلـغ كان لورثته حق مطالبـة الملتزم والكفيل باداء ما يخصـهما بحسب نصيبهما فى الارث شرعا لأنه من التزام ما يلزم والدعوى عليهما مسـموعة شرعا .

٢٨/١٥٠ العليا (٣٩/١/٩) م ش ٢٣/٢/١١

□■□

(المبدأ ١٩) : على الكفيل عن الزوج فى النفقة ـ فى حالة ادعائه المنع من مطالبته النفقة لصالح الزوجين معا على الاكل تموينا ـ اثبات ما ادعاه فلا يجاب الكفيل فى حالة عجزه الاثبات الى طلب توجيه اليمين للزوج الذى لا يفيد نكوله ولا يصح اقراره .

ذكر صاحب الدر نقلا عن الخلاصة ضابطا للاستحلاف نصه (أن كل موضع لو اقر لزمه فاذا انكره يستحلف) ص ٥٨٩ جزء ٤ من كتاب الدعوى ـ واستثنوا من هذا الضابط مواضع لا يجرى فيها التحليف مع الانكار اشار اليها صاحب التكملة ص ٣١٩ من الجزء الثالث على وجه التفصيل ومع ان موضوع الدعوى ليس بواحد منها . والمحكمة ترى انه لا يجرى فيه الاستحلاف اذ أن المدعى عليه الثانى لا يفيد نكوله ولا يصح اقراره فهو اذا اقر بانه اصطلح مع زوجته وانه قائم بالانفاق عليها لا يكون هذا الاقرار مقبولا ولا يترتب عليه اثر ولا يكون حجة على الزوجة فيمنعها القضاء من مطالبة الكفيل بان يؤدى اليها نفقتها ـ لأن الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى الغير ، ولأنه متهم فى مثل هذا الأقرار لكونه يجر به نفعا الى نفسه ، ولأن الصلح اسم للمصلحة ، وهى لا يتصور العقل حصولها من طرف واحد، بل لابد لتصور حصولها من طرفين ـ وحينئذ فلا بد لاثبات هذا الصلح من اقامة البينة عليه ، أو اقرار الطرفين به ، صراحة ، أو نكولهما معا ، عن الحلف ـ اما اذا عجز المدعى عن اثباته ، وحلف احد الطرفين اليمين ، فاقرار الثانى أو نكوله لا يستقل باثباته ، الا أنه اذا حصل الاقرار من الزوجة ، وجب أن تعامل باقرارها ، لأن المقصود للمدعى يحصل به ، اذ هى صاحبة الحق فى مطالبته بالنفقة ، ويسقط هذا الحق متى أقرت بالصلح وقيام زوجها بالانفاق عليها ـ ومن حيث انها انكرت الصلح وعجز المدعى عن الاثبات وحلفت له اليمين فيتعين رفض الدعوى .

٢٣/٢١٧ بنها (٣٦/٨/١) م ش ٨١/٧

□■□

(المبدأ ٢٠) الكفيل مدين بمقتضى الكفالة .

يرفض ما يدفع به الكفيل (فى نفقة الزوجية) دعوى الزوجة طلب امره بادائه ما هو مفروض لها (على زوجها من ذلك بحكم) بان الزوجين متوطئان على استصدار ذلك الحكم اضرارا به ـ وذلك لأن الكفيل مدين بمقتضى الكفالة وللمدعية أن تخاصمه ابتداء بدون توسط الزوج ، ويكفى لذلك انها تبين فى دعواها نفقة مثلها على مثل زوجها وأن تقيم الدليل على هذه الواقعة .

٢٩/٥٤١ كفر الزيات (٣٠/٤/٧) م ش ٢٧٨/٢

□■□

(المبدأ ٢١) : طالبت الزوجة بفرض نفقتها وامر والده كفيله بأدائها فدفع هذا الكفيل بقيام الزوج بالاتفاق عليها واقام الدليل على دفعه تعين لهذا رفض الدعوى بالنسبة للأصيل والكفيل .

الكفالة ضم ذمة الى ذمة اخرى في المطالبة مطلقا ، بنفس ، أو دين ، اوعين . وكفالة المال قسمان كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه ــ وركنهـا الايجاب أو القبول من المكفول له ولو بقبول فضولي عنه في المجلس ولم يجعل الثاني ركنا ــ واختلف في قبوله ــ فقيل تتوقف على اجازة الطالب وقيـل تنفذ وللطالب الرد كما جاء في البحر وهو الأصح كما في المحيط وبقول الثاني يفتى كما في الدر والبزازية وفي انفع الوسائل وغيره ، الفتوى على قولهما ــ وهذا في حالة الانشاء ، أما في حالة الاخبار فتحمل على الصحة وشرطها كون المكفول مقدور التسليم وأن يكون الدين لازما وصحيحـا وهو ما لايسقط الا بالأداءاو الابراء ، وكان القياس على هذا الا تصح الكفالة بنفقة الزوجـة قبل القضـاء بهـا أو الرضـا ، وما لم تكن مسـتدانة بأمـر القاضي ولكن الاستحسان أن الكفالة بها صحيحة ولو لم تكن مستدانة ، كما استحسنوا انه لو كفل لها رجل بالنفقة ابدا مادامت زوجـة جاز وكـذا اذا لم يذكـر التأبيد عند ابى يوسف وهو الأوفق وعليه الفتوى وكذا اذا لم يذكر مقدارا معينا كل شهر . ويكون كانه كفل لها بما ذاب على الزوج اى بما يثبت عليه

ومن حيث ان ما هنا لم يذكر مدة ولا مقدارا فيصير كانه كفل لها بما ذاب على الزوج وقد علق ابن عابدين على قوله بما ذاب على الزوج اى بما يثبت ــ وقال في المنصورية والذوب واللزوم يراد بهما القضاء فما لم يقض به بالمكفول بعد الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل ــ وهذا في غير عرف اهل الكوفة اما في عرف اهل الكوفة فالذوب واللزم عبارة عن الوجوب وان لم يقتض به انتهى . ط ــ وهذا اى ما ذاب ماض اريد به المستقبل كما في الهداية اى لأنه معنى الشرط فلا يلزم الكفيل ما لم يقض به على الأصيل بعد الكفالة وقال في موضع آخر كفلت لك بما ذاب على فلان اى بمـا ثبت لك عليه بالقضاء ص ٢٩٥ جزء ٤ وكما يعلم من ص ٣١١ جزء ٤ أيضا .

ومن حيث ان شرط القضاء بالنفقة ظهـور المطل ولا يكتفى بمجـرد الشكاية ص ٨٩٩ جزء ٢ ص ٩٠٠ جزء ٢ وص ٨٩٤ ص ٢ ومن حيث انه لم يظهر مطل الزوج هنا حتى يقضى عليه بالنفقة وحتى تلـزم الكفيل ــ اذ قد ثبت بالبينة أن الزوج قائم بالانفاق على زوجته نفقة مثله وهى الواجب مراعاته طبقا للقانون ١٩٢٩/٢٥ ومن حيث ان الكفيل يبرأ بالاستيفاء من الأصيل .

٢٨/٩٢ شبراخيت (٢٩/٤/٢٥) ت س م ش ٧٥٧/٣

(المبدأ ٢٢) : الكفيل ينصب خصما عن الأصيل فى دعوى الدين .

حيث ان الكفيل ينصب خصما عن الأصيل فى دعـوى الدين . ومن حيث ان الكفالة ايضا يصح تعليقها بالشرط الملائم فان قال « ما لك عـلى فلان فانا به ضمين أو أن راح لك عليه شيء فانا ضـامن له أو ان امتنـع عن الأداء فانا به ضامن كما نص على ذلك ابن عابدين ص ٢٩٦ جزء ٤ »

وحيث ان المقصود فى العرف فى كفالة الأب بنفقة زوجة ابنه أعطاؤها الطمانينة على الوصول الى حقها فاذا لم تقدر على الوصول الى النفقة من الزوج ضمنت الأب لا ان يعطيها الحق فى المطالبة بالنفقة مع تمكنها من أخذ النفقة من ولده . وبما أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا فهى مشروطة فى العرف بعدم التمكن من الأخذ من الزوج .

٢٨/٩٢ شبراخيت (٢٩/٤/٢٥) م ش ٧٥٧/٣

□■□

(المبدأ ٢٤) : للزوجة ان تطالب الكفيل فى نفقتها سواء أكانت النفقة المطلوبة مفروضة من القاضى ام لم تكن كذلك ولا يلزم لثبوت هذا الحق لها على الكفيل ان يكون بينها وبين زوجها نزاع فيها .

للزوجة حق مطالبة كفيلها بالنفقة سواء كان فرضها لخصومة جديـة ام لمجرد الاحتيال والتواطؤ عليها بل وسواء أكانت هذه نفقـة مقـررة من القاضى أم لم تكن مقررة . اذ يجوز للزوجة ان تطالب الكفيل بادىء ذى بدء بنفقتها الواجبة على زوجها ويبرأ الكفيل بالأداء على هذا النحو مما أدى . ولا يلزم لثبوت هذا الحق أن يكون بين الزوجة وزوجها خصومة فى نفقتهـا عليه ــ كما لا يلزم لذلك تحقق امتناع الزوج من النفقة بعد مطالبته بها فان الكفالة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة على أصح القولين فيها ، ومعنى هذا أن يكون للمكفول له حق مطالبة الأصيل والكفيل ايهما شاء بلا شرط ولا قيد .

ومن حيث أن الكفيل فى نفقة الزوجة انما يجب عليه أداء مثل نفقتها على زوجها وهو ما يجب لها على زوجها شرعا ولا يجب عليه شيء فوق ذلك.

٣١/٨٠٦ س ك طنطا (٢٢/٣) م ش ٢١٦/٤

□■□

(المبدأ ٢٥) : الكفيل خصم فى طلب تخفيض ما كفله من النفقة .

ان الكفيل مطالب بما وجب على الأصيل ، والذى وجب على الأصيل

يختلف باختلاف حالته فى هذا الموضوع يسارا واعسارا ، فالكفيل الحق فى اثبات ما ينفى عنه المطالبة بجميع المقرر فهو خصم فى هذا الموضوع .

٣١/١١٢٤ س ك مصر (٢٢/٤/٢٨) م ش ٦٢٣/٤

□■□

(المبدأ ٢٦) : يجب على الكفيل اداء جميع ما التزم به من الصداق للزوجة .

يجب على الكفيل أداء جميع ما التزم به من الصداق للزوجة ، وليس له أن يمنعها شيئا منه بوفاة الزوج ، متى كانت التركة لم تقسم ولم يستول احد من الورثة على نصيبه منها ، ولم تطلب الزوجة حقها فى الصداق من تركة الزوج المتوفى .

٤٦/٢١٥ س ك أسيوط (٢٦/٨/٢٣) م ش ٨٢٦/٧

□■□

(المبدأ ٢٧) : اذا كفل الكفيل بلفظ عام وجب عليه جميع ما وجب على الأصل .

المنصوص عليه فى باب الكفالة أن الكفيل اذا كفل بلفظ عام وجب عليه جميع ما وجب على الأصيل ولا قول بسوى ذلك ـ فتح القدير جزء ٥ ص ٤٠٧ .

٣٥/١٠٦٤ س ك اسكندرية (٣٨/١١/٨) م ش ٢٢٣/١/١٨

□■□

(المبدأ ٢٨) : موت المكفول له لا يبطل الكفالة .

ان موت المكفول له لايبطل الكفالة ، بل للوارث أن يطالب الكفيل بما للمورث من الدين المكفول ، وينتصب الوارث خصما عن المورث فيما له وما عليه ، ويحل محله فى كل حق هو له ان لو كان حيا .

□■□

(المبدأ ٢٩) : الكفالة جائزة بدون حضور الزوجين مجلس الكفالة ـ ومع جهالة المكفول .

المنصوص عليه شرعا أن الكفالة لا تصلح الا بايجاب الكفيل وقبول من

المكفول او نائبه ولو فضوليا فى مجلس العقد وهذا عند أبى حنيفة ومحمد.

□■□

(المبدأ ٣٠) : الكفالة فى نفقة الزوجة جائزة وفى نفقة الأولاد باطلة .

المقرر شرعا ان كفالة نفقة الزوجة جائزة استحسانا وكفالة نفقة الأولاد باطلة ص ٨٠٦ جزء ثان من عابدين باب النفقة .

١٣٧/٨٥٤ السنطة (٣٨/١٠/٢٥) م ش ٢٧٤/١٠

□■□

(المبدأ ٣١) : العرف بأن كفالة الأب نفقة زوج ابنه قصد بها اعطاؤها الطمانينة .

المقصود فى العرف فى كفالة الأب نفقة زوج ابنه اعطاؤها الطمانينة على الوصول الى حقها فاذا لم تقدر على الوصول الى النفقة من الزوج ضمنت الأب لا ان يعطيها الحق فى مطالبته بالنفقة مع تمكنها من اخذ النفقة من ولده ـ وبما ان المعروف عرفا كالمشروط شرطا فهى مشروطة فى العرف بعدم التمكن من الأخذ من الزوج .

٢٨/٩٢ شبراخيت (٢٩/٤/٢٥) م ش ٣١٨/١

□■□

(المبدأ ٣٢) : تصح البراءة من الكفالة قبل الفرض وبعده وتتم ولو ردها المبرأ لأنها مما يسقط بالاسقاط بخلاف الاقالة منها لأن هذه مما يرتد.

الكفالة بنفقة الزوجة تصح قبل الفرض وبعده ، بل تصح ضمن عقد الزواج ويصير كانه كفل لها بما ذاب اى يثبت على الزوج ـ وذاب ماضى اريد به المستقبل وهذا فى الاستحسان غاب الزوج أو حضر فقد جاء فى الفتح ولو كفل لها بنفقة شهر أو ستة جاز على الأبد وان لم تكن واجبة . وهذه الكفالة تتضمن زمان العدة أيضا لأنه كفيل مادام النكاح قائما وهو فى العدة باق من وجه وان الكفالة بنفس المال تصح ولو كان مجهولا متى كان دينا صحيحا وان الابراء من هذه الكفالة صحيح أيضا قبل الفرض وبعده ويتم ولو رده الكفيل لأن الكفيل ليس كفيلا الا فى المطالبة وليس مدينا للزوجة بدين ثابت فى الذمة والمطالبة مما تسقط بالاسقاط فلا تحتاج البراءة فيها الى القبول بخلاف الاقالة من الكفالة ، كما اذا قالت اخرجتك من الكفالة فقال لا اخرج لأنها فسخ لعقد الكفالة وهو يحتاج الى القبول ، ويرتد بالرد، فلو رده يرتد ويصير خارجا . بخلاف ما اذا كانت البراءة للاصيل وهو المدين الحقيقى للطالب فان حكم البراءة له يختلف لأن الواجب عليه دين

ثابت فى الذمة انضم اليه الكفيل فى حق المطالبة عند تعذر ادائه منه فيحاج فى مسألة الأصيل الى القبول فيهما .

٣١/٢٩٨ شبراخيت (٣١/٦/٢٨) م ش ٨٤/١١

□■□

(المبدأ ٣٣) : اذا ابرات الزوجة الكفيل من كفالة نفقتها مرة برىء الكفيل الى الأبد .

اذا ابرات الزوجة الكفيل من كفالته لزوجها فى نفقتها مرة برىء الكفيل الى الأبد ، فلا حق لها فى مطالبته بهذا الدين بعد هذه البراءة ، لأنها فى جانب الكفيل اسقاط والساقط لا يعود ، ولأنها اذا ابرات فلا يثبت حق المطالبة الا بشىء حادث بعد هذه البراءة .

٣١/٢٩٨ شبراخيت (٣١/٦/٢٨) م ش ٤٨/٦/١١

□■□

(المبدأ ٣٤) : الكفيل يبرأ باداء الأصيل بعد الكفالة اجماعا .

جاء فى البحر أن الكفيل يبرأ بداء الأصيل بعد الكفالة اجماعا ـ وفى النهر نقلا عن القنيه أن براءة الأصيل انما توجب براءة الكفيل اذا كانت بالأداء أو بالابراء .

٤٢/١٣٧٩ منوف (٣١/٦/٢٨) م ش ٨٤/٦/١١

□■□

(المبدأ ٣٥) : تحرير الكفالة لا يلزم ان يكون فى عقد الزواج .

تحرير الكفالة لا يلزم أن يكون فى عقد الزواج ، كما لا يلزم أن تحصل البراءة منها بعقد رسمى ، ويصح كل منهما بورقة عرفية او بعقد شفاهى بين ذوى الشأن فيه متى استوفى شرائطه .

٣١/٢٩٨ شبراخيت (٣٢/٦/٢٨) م ش ٨٤/٦/١١

□■□

(المبدأ ٣٦) : هل الزوجية عذر يمنع من مطالبة الكفيل بحقها لأنها لو طالبته به واداه اليها يحتمل ان يرجع به على الأصيل وهو الزوج وبهذا الرجوع تتكدر علاقة الزوجية التى بين الزوجين ـ هذا امر تتفاداه الزوجة ابقاء على تلك العلاقة .

هذا القول فيه مجازفة لأن الكفيل كما يحتمل ان يرجع على الأصيل بما ادى يحتمل أيضا الا يرجع عليه والأحكام لا تبنى على الاحتمالات ، على ان رجوع الكفيل على الأصيل بما ادى ، له شروط منها أن تكون الكفالة بامر من الأصيل لأن الأمر بالاكفالة امر بالاداء فيرجع فى هذا الحال ـ أما اذا كانت الكفالة بلا امر من الأصيل فلا رجوع عليه ويكون الكفيل متبرعا بذلك ـ ونحن اذا تتبعنا الكفالات التى تعرض علينا نراها خلوا من الأمر المشار اليه ونجد أن الزوج قد يكون غائبا عن مجلس عقد الزواج ويكفله كفيل فى غيبته لزوجته فى نفقتها وتقبل منه الزوجة تلك الكفالة وبهذا القول تتم الكفالة ولزم المال الكفيل .

٤١/٢٤٨ أبو قرقاص (٤٢/٦/٣٠) م ش ٦٧/١٥

□■□

(المبدا ٣٧) : لا تصح الكفالة فى الأعيان الا اذا كانت مضمونة بنفسها

لاتصح الكفالة فى الأعيان الا اذا كانت مضمونة بنفسها أما اذا كانت غير مضمونة أو مضمونة بغيرها فلا تكون الكفالة صحيحة فكفالة الأب لابنه فى أعيان جهاز زوجية بمقتضى قسيمة الزواج تنعقد باطلة لأن يد الزوج وقت تحريرها لم تكن يد غصب ولاتنقلب الكفالة صحيحة بانقلابها يد غصب بعده ـ وتكون دعوى المال بالنسبة للكفيل فى هذه الحالة غير صحيحة وواجبة الرفض ـ وكذلك دعوى الصفة لزوال صفته ولانه لم يدع عليه أن الأعيان تحت يده وانه غاصب لها .

٤٢/٧٩٩ نجع حمادى (٤٣/١٢/١٤) م ش ١٣٧/٥

□■□

(المبدا ٣٨) : الكفالة بالأمانات كفالة تسليم صحيحة شرعا .

المتتبع لكلام الفقهاء وشروحهم وتعليقاتهم على ما ذهبت اليه المتون أن الكفالة بتسليم الأمانة صحيحة شرعا وقد اتفقت كلمتهم على ذلك ـ قال صاحب الدر (وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل بما هو على الأصيل نفسا أو مالا ـ قال صاحب رد المحتار تعليقا على ذلك ـ يشمل المال الدين والعين وينبغى أن يزيد أو فعلا كما لو كفل تسليم الأمانة أو تسليم الدين ـ وقال صاحب التنوير « ولا يصح بمرهون وأمانة . ولما كان ظاهره عدم صحة الكفالة بالأمانة مطلقا قيد ذلك شارحه صاحب الدر بقوله وامانة باعيانها فلو بتسليمها صح ورجحه الكمال » وقال الكمال ابن الهمام (الوجه عندى صحة الكفالة بتسليم الأمانة اذ لا شك فى وجوب ردها عند الطلب غير انه

فى الوديعة يكون بالتخلية وفى غيرها يحمل المردود الى ربه قال فى الذخيرة (الامانة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة) .

٤٤/١٥٤٣ نجع حمادى (٤٥/٤/٣) م ش ٨٧/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٣٩) : لو كفل رجل آخر بدين حال حيـاته ثم مات المكفول مفلسا لم تبطل الكفالة .

حيث أن النص الذى ذكره وكيل المعارض بخصوص سقوط الكفالة بموت المدين مفلسا هو خاص بما اذا كانت الكفالة حصلت بعد موت المدين مفلسا ــ وأما الكفالة فى قضيتنا فهى كفالة صحيحة ولا تسقط بموت المدين مفلسا لأنها صدرت حال حياة المكفول وذلك لأن المنصوص عليـه شرعا انه لو كفل رجل آخر بدين حال حيـاته ثم مات المكفول مفلسـا لم تبطل الكفالة شرعا مذكور بحاشية ابن عابدين نقلا عن البحر جزء ٤ .

٢٩/٩٥٦ أبو قرقاص (٣٠/١/١٢) م ش ٦٣٤/١

□■□

(المبدأ ٤٠) : كفالة المحكوم عليـه بالحبس من اجل النفقة لا تكون صحيحـة قانونا ولا توقف حكم الحبس الا اذا كانت صادرة على يد موظف مختص .

ان الكفالة التى استند عليها المستشكل فى طلبه غير صحيحة قانونا، ولا تجعل لرب الدين حق التنفيذ بدينه فى مال الكفيل لأنها ليست صـادرة على يد موظف مختص واذن فلا وجه لطلب ايقاف التنفيذ .

٢٩/٢٠٤ دسوق (٣٠/٣/١٩) م ش ٨٢٠/١

□■□

(المبدأ ٤١) : تواطؤ الزوجة مع زوجها على تقدير نفقـة لها ليؤمر كفيله بادائها مانع من سماع الدعوى على الكفيل .

نفقة الزوجة وان كانت واجبة على زوجها ولها أن تطالب بها الكفيل فلا يفرضها القاضى ولا يأمر الزوج بأداء ما يفرضه منها ، الا اذا كان مطلها فى الاتفاق ولا يؤمر بها الكفيل ايضا بطريق القضاء الا عند المطل كذلك .

٣١/١٨٠٨ الجمالية (٢٣/٧/١٤) م ش ٢٢٤/٤

□■□

(ل)

لقيط

لعـــان

لقيـــط

(المبدأ ١) : نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوة .

نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوة وهى الاقرار بنسبه .
نقض ٣٩/٢٦ ن (٧٢/١٢/٥) س ١٢٣٣/٢٤

□■□

(المبدأ ٢) : قيد الولد بدفاتر الملجأ باسم ولقب معين لايفيد انه معلوم النسب . علة ذلك .

قيد الولد بدفاتر الملجأ لا يفيد انه ابن لشخص حقيقى يحمل هـذا النسب لمـا هـو مقرر من ان اطـلاق اسـم اللقطـاء تمييزا وتعريفـا بشخصيتهم عملا بالمادة ١٠ من القانون ١٩١٢/٢٣ بشأن المواليد والوفيات والتى توجب اطلاق اسم ولقب على حديث الولادة .
نقض ٤٣/٢ ق (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

لعـــان (١)

(المبدأ ١) : اللعـان يجرى بنفى الحمل اذا جاءت به لأقل من ستة اشـهر .

قال الصاحبان رضى الله عنما ان اللعان يجرى بنفى الحمل اذا جاءت به لأقل من ستة اشهر للتيقن بقيامه عند القـذف مستدلين بانه صلى الله عليه وسلم نفى ولد هلال قبل الوضع .

٤٦/٢٧٤٦ ك س مصر (٢٩/٤/٤٨) م ش ٢٠/٨٠

---

(١) اللعـالى شهادات مؤكدات بالايمـان من الجـانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنى فى حقها .

سببه : قذف الرجل امراته قذفا يوجب الحد فى الأجانب فيجب به اللعان بين الزوجين .

شرط : (١) ان يكونا زوجين وأن يكون النكاح بينما صحيحا ، سواء دخل بها أم لم يدخل ، واذا كان النكاح فاسدا لا يجب اللعـان لأنه ليس بزوج مطلقا (٢) أن يكون أهلا للشهادة حتى أن اللعان لا يجرى بين الزوجين اذا كانا محدودين فى القذف او أحدهما أو كانا رقيقين او احدهما او كافرين او احدهما او أخرسين أو احدهما او كانا صبيين او احدهمـا او مجنونين او احدهما ويجرى فيما عدا ذلك .

حكم اللعان حرمة الوطء والاستمتاع ولكن لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقا فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع ، وكذا لو اكذب الرجل نفســه حل الوطء من غير تجديد نكاح .

صيغة اللعان ان يبتدىء القاضى بالزوج فيشهد اربع مرات يقول فى كل مرة اشــهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتهـا به من الزنى ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى ويشير اليها فى جميع ذلك ـ ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول فى كل مرة اشـهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنى وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنى .

اذ التعنـا فرق الحاكم بينهما ولا تقع الفرقة حتى يقضى بالفرقة على الزوج فيفارقها بالطلاق فان امتنع فرق القـاضى بينهما ـ وقبل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة يقع طلاق الزوج عليها وظهاره وايلاؤه ويجرى التوريث بينهما اذا مات احدهما ولو انهمـا امتنعا من اللعان بعـد ثبوته أو امتنع أحدهما اجبرهما الحاكم عليه . « راجع ص ٤٦٤ حـ ٢ من الفتاوى الهندية » .

(المبدأ ٢) : من شروط صحة اللعان ان يكون حال قيام الزوجية او في عدة الطلاق الرجعي .

اذا كانت المدعية مطلقة من المدعى عليه ، ومنقضية العدة بولادة الولد، فلا يصح اللعان بينهما ، وبالتالي لا يمكن نفي نسب الولد بطريق الملاعنة (يراجع نص المادتين ٣٣٤ ، من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا ويراجع الدر المختار وحاشيته ابن عابدين ص ٦٠٦ في باب اللعاب في الجزء الثاني) .

١٢٨/٤٠ ك س مصر (م ش س ١٣ ع) م ش (٧٧/٧/١٣)

□■□

م

محاماه

مدين

مرض الموت

مسكن الطاعة

معارضة

مفقود

مقاصة

مهر

(المبدأ ١) : توقيع صحيفة الطعن من محـام غير مقبول امام محكمة النقض ــ اثره ــ بطلان الطعن .

اوجب قانون المرافعات رقم ١٩٦٨/١٣في المادة ٢٥٣ منه على الخصوم ان ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض فى القيـام بالاجراءات وفى المرافعة امامها ، والحكمة فى ذلك أن هذه المحكمة لا تنظر الا فى المسائل القانونية ، فلا يصح أن يتولى تقديم الطعون اليها والمرافعة فيها الا المحامون المؤهلون لبحث مسـائل القـانون ، واذ تبين من الاطـلاع على الأوراق أن صحيفـة الطعن موقع عليهـا بامضاء محام نيابة عن المحـامى الوكيل عن الطاعنة ، وكان الثابت من الشهادة الصادرة من نقابة المحامين أن المحـامى الموقع على صحيفة الطعن لم يقبل للمرافعة امام محكمة النقض حتى تاريخ تحرير هذه الشهادة ، فانه يتعين أعمال الجزاء المنصوص عليه فى المادة٢٥٣ سالفة الذكر ، ولا محل لما تقول به الطاعنـة من أن الغاية من الاجراء قـد تحققت بتقديم التوكيل الصادر منها لمحاميها المقبول أمام محكمة النقض ، وأن صحيفـة الطعن صدرت منـه فلا يحكم بالبطلان طبقا لما تنص عليـه المادة ٢٠ فقرة ثانية من قانون المرافعـات ذلك أن الغاية من توقيع محـام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة، واذ كان هذا الاجراء الباطل لم يتم تصحيحه فى الميعاد المقرر قانونا لاتخـاذ الاجراء طبقا لما تنص عليه المادة ٢٣ من قانون المرافعـات فان الطعن يكون باطـلا .

نقض ٣٩/٣ ق (٧١/١٢/٨) س ٢٢ ص ١٠٠٥

□■□

(المبدأ ٢) : مباشرة المحامى للاجراء قبل صدور التوكيل ممن كلفه به . عـدم جواز اعتراض خصمه بان الوكالة لم تكن ثابتـة قبل اتخـاذ الاجراء . علة ذلك .

لا يجوز ان تتصـدى المحكمة لعـلاقة الخصوم بوكلائهم الا اذا انكر صاحب الشأن وكالة وكيله ، فاذا باشر المحامى اجراء قبل أن يستصـدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليـه بأن وكالته لم تكن ثابتة قبل اتخاذ الاجراء ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

نقض ٤٤/١٦١ ق س ٣٠ ص ٣٧٤

□■□

(المبدأ ٣) : تجديد الدعوى بعد شطبها . عدم اشتراط أن يكون بيد المحامي توكيل من ذوى الشأن عند تحرير صحيفة التجديد واعلانها .

وجوب اثبات الوكالة فى الحضور عن الموكل أمام المحكمة .

لم يتطلب القانون أن يكون بيد المحامى الذى يحرر صحيفة تجديد السير فى الدعوى بعد شطبها توكيل من ذى الشأن عند تحرير صحيفة التجديد واعلانها ، ومن ثم فانه لا يؤثر فى سلامة الاجراء الموجه من الطعون عليهما بتجديد السير فى الدعوى عدم ثبوت وكالة المحامى عن احدهما وقت تحرير صحيفة التجديد واعلانها ، أو ما قرره المحامى امام محكمة اول درجة من أن وكالته غير ثابتة الا عن احدى المطعون عليهما ، وذلك انه لا يلزم فى هذا العمل أن تكون وكالته ثابتة قبل القيام به ، فاذا قام به ولم يكن بيده توكيل عنها اعتبر صحيحا منتجا لكل آثاره ، ولأن القانون لا يستلزم ثبوت وكالة الوكيل عن موكله وفقا لأحكام قانون المحاماة الا فى الحضور امام المحكمة كنص المادة ٧٣ من قانون المرافعات .

نقض ٤٤/١٦١ ق — س ٣٠ ص ٣٧٤

□■□

(المبدأ ١) : الديون اوصاف فى الذمة .

ان الديون أوصـاف فى الذمة ، كما يقول الفقهاء ولا تعلق لها الا بالذمة ، أما تعلقها بمال المدين ، فانما يكون بعـد وفاته فى تركته ، ولذا جوزوا اقرار الصحيح بالديون مطلقا ولو كان ماله وقت الاقرار مستغرقا بديون أخرى .

٣٢/٤٥١ س ك الزقازيق (٣/٩/١٠) م ش ٥٥/٥

□■□

(المبدأ ٢) : المدين له ان يقدم بعض الدائنين فى الحصول على دينهم.

المنصوص عليه شرعا أن المدين له ان يقدم بعض الدائنين فى الحصول على دينهم ولا تتوزع ديونه بالحصص بغير رضـاه ، الا اذا كان الرضـا فى مرض الموت ، لتعلق الديون اذن بالتركة لا بالزامه (راجع كتـابى الحبس والمداينات من تنقيح الحامدية) .

٢٦/٩٥ مصر (٢٧/٧/٦) م ش ١/٤٢٠

□■□

(المبدأ ٣) : المدين اذا أدى الدين الى دائنـة لا يقدر على رده ما دام قد وصل اليـه من جهة مستحقة لأنه بالاسترداد يريد ابطـال حق الدائن فلا يمكن منه .

ان المدين اذا دفع الى دائنه ولو قبل حلول اجله ، لا يقـدر على رده لتعلق حق القابض به ، وقد نصوا على أن المستحق بجهـة ، اذا وصل الى المستحق بجهة اخرى ، يعتبر واصلا بجهة مستحقة ، لو وصل اليـه من المستحق عليه ، اما اذا وصل بجهة اخرى فلا ، حتى ان المشترى فاسـدا اذا وهب المشترى من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشترى عن قيمته فلم تعتبر العين انها وصلت الى البـائع بالجهة المستحقة انما وصل من جهة اخرى ، والمهر لو عينا فوهبته من غير زوجها وهو وهبه من زوجها ثم طلقهـا قبل الدخول فلزوجها نصف قيمة العين عليها فلم تعتبر العين واصلا بالجهة المستحقة وانما وصل من جهة اخرى فلو وهبته من زوجها والمسالة بحالها لا يرجع عليها بشىء ، كما نصوا على

انه لو قبض المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب (المكفول له) لا يسترده المكفول عنه من الكفيل لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا . بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الأصيل لكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حتى لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للأصيل حق استرداده من يد الكفيل كذلك لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطال حقه فلا يمكن منه ما لم يقبض دينه (شرح الكنز للعينى من الكفالة فى فصل مسائل متفرقة) ـ كما نصوا على أن المدين اذا قضى الدين قبل حلول أجله أو مات فلا يؤخذ من المرابحة الا بمقدار ما مضى من الأيام وهو جواب المتاخرين وبه افتى أبو السعود أفندى مفتى الروم وعلله بالرفق من الجانبين وهذا دليل على بطلان الأجل بالأداء قبله . وفى فتاوى قاضيخان بعد كلام فى الأجل « والمديون اذا قضى الدين قبل حلول الأجل فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفا فرده كأن الدين عليه الى أجله ـ ولو اشترى من مديونه شيئا بالدين وقبضه ثم تقابلا المبيع لا يعود الأجل ـ ولو وجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الأجل ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة فى الوجهين أ . هـ » . وفى تنقيح الحامدية جزء ٢ ص ٢٣٧ « الدفع متى حصل بطريق القضاء لا يكون للدافع ولاية الاسترداد أ . هـ » يعنى طريق قضاء الدين أى ادائه ومثله فى البزازية والخانية من الكفاية والعماية والفصولين فى أحكام العمارة فى ملك الغير ـ وفى الأشباه من المداينات من قاعدة التابع تابع ، اذا قال المديون تركت الأجل او أبطلته أو جعلته حالا فانه يبطل الأجل » وظاهره انه يلزم حالا ، ومثله فى التنقيح جـ ٢ ص ٢٣٧ (يراجع البحر وحواشيه جـ ٤ ص١٢١ ، ١٢٢ وابن عابدين جـ ٤ ص ١٧٦ ، ١٧٩ وجامع الفصولين جزء ٢ ص ٢٧ وتنقيح الحامدية جزء ١ ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ و جـ ٢ منه ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ومن حيث ان المدعى عليها هنا بصفتها وصية قبضت دين الصداق الآجل من ولى الزوج وهو يملك ذلك بمقتضى الورقة المذكورة وقبضها معتبر شرعا تبرأ به ذمة الزوج منه وان ولى الزوج قد ابطل الأجل عن الزوج بدفع دين الصداق حالا قبل وقته وانهذا الدين قد وصل الى الزوجة بجهة مستحقة فلا يقدر الزوج اذن على استرداده لتعلق حقها به بالقبض ولزومه عليه حالا ببطلان الأجل .

٣٣/١٢٩ أجا (٢٨/ ١٢/ ٣٣) م ش ٦١٢/٦

□■□

(المبدا ٤) : دائن الميت ينفذ على الورثة اذا كانت التركة قد قسمت بمقدار نصيب كل فى الدين .

المنصوص عليه شرعا ـ أن دائن الميت ينفذ على الورثة اذا كانت التركة قد قسمت بمقدار نصيب كل فى الدين لا أزيد .

٩٣٢/٦٨٩ ديروط (٢٣/٨/١٥) م ش ١٧٥/٥

□■□

(المبدا ٥) الأجل حق المدين فان شاء قباه وان شاء أبطله ـ ومن ابطال الأجل اداؤه الدين المؤجل قبل حلول اجله .

المقرر شرعا أن الدين حق الدائن فله أن يؤخره على المدين تيسيرا له وله أن يتقاضاه حالا غير انه اذا أجل توقف على قبول المدين لأن الأجل حق المدين كما فى الأشباه والبحر فان شاء قبله وان شاء أبطله فان قبله تأجل الى وقتـه فلا يجب عليه أداؤه الا عنـد حلول أجله وان أبطله لزمه وفاؤه حالا ـ ابطال الأجل من المدين قد يكون بالقول كقوله أبطلت الأجل أو تركت الأجل وقد يكون بقضاء الدين قبل حلول أجله وهذا ابلغ فى ابطـال الأجل من القول كما يكون بموت المدين فاذا دفع المدين قبل حلول أجله بطل الأجل لا محالة .

٢٣/١٣٩ اجا (٣٣/١٢/٢٨) م ش ٩٧٢/٦

□■□

(المبدا ٦) : التزام زوجة المتوفى بسـداد كل ديون تظهر عليه يدخل فيه دين مؤجل صداقها .

التزام زوجة المتوفى بسداد كل ديون تظهـر عليه يـدخل فيـه دين مؤجل صداقها لأحد الأجلين لأن المتكلم يدخل فى عموم متعلق كلامه عنـد اكثر العلماء ولأن كلمة « كل » تدخل على الأسماء فتفيد عمـوم ما دخلت عليه .

□■□

(المبدا ٧) : متى حكم برد شىء قائما بعينه اعتبر امانة ، فادعاء فقده يعد غصبا وتلزم قيمته .

المنصوص عليه شرعا أن امتناع الموهوب له عن رد الموهوب قبل القضاء بالرد أو الترضى عليه لا يعتبر غصبـا لأنه امتنـاع بحق اذ هو لايزال مالكا للموهوب لأن الرد لايصح الا بالقضاء أو الرضا ، بل نص الفقهاء على انه لو اغتصب الواهب قبل القضاء بالرد أو الرضا به وهلك لزمته قيمته للموهوب له ، يراجع ابن عابدين جزء ثان تكملة ص ٣٤٠ ، كما انه نص شرعا على انه

لو ساله رد العين الموهوبة بعد القضاء بصحة الرجوع فامتنع من تسليمها فهلكت لزمه ضمانها بمثلها ان كانت قبله والا فبقيمتها لأنه متعد بالمنع بعد صحة الرجوع بقضاء القاضي ومثل ما اذا عيبها يراجع ابن عابدين جزء ثان تكملة باب الهبة والعناية على الهداية فصل من اغتصب عينا فعيبها .

٩٣٤/٨ ك س الزقازيق (٢٤/٢/١١) م ش ٢١٨/٥/٨

□■□

(المبدا ٨) : من ظن ان عليه حقا فالتزم به او دفعه كان له الرجوع فيما دفع .

المذهب انه لا عبرة بالظن البين خطؤه ، ومن دفع شيئا على زعم أنه واجب عليه ، فظهر خلافه ، رجع بما دفع .

٩٣٥/٥٠٧ أجا (٣٦/٦/١٧) م ش ٧٦/١/١١

□■□

(المبدا ٩) : تحصل المقاصة بين الديون المتساوية من تلقاء نفسها .

تحصل المقاصة بين الديون المتساوية من تلقاء نفسها ، وتبرا بها الذمة بدون توقف على ارادة المداينين وان اختلفت فلا بد من رضاء صاحب الدين القوى .

١٩٣٩/١١١ جرجا (٤٠/٩/١٨) م ش ٧٧/٩/١٢

□■□

(المبدا ١٠) : يحل الدين المؤجل بموت المدين .

ان الدين المؤجل يحل بموت المدين لا الدائن شرعا ولو لم يحل اجله ويتعلق بتركة المدين ويجب على الورثة اداؤه منها كسائر ديون الميت قبل الارث لأن أداء الدين مقدم على الارث شرعا وتكون المدعية أسوة الغرماء فيه .

٤٠/٤٩٢ أسيوط (٤٠/٤/١٣) م ش ٧٣/٥/١٣

□■□

(المبدا ١١) : الديون تنقضى بامثالها .

الديون تنقضى بأمثالها لا بأعيانها .

٤٠/٤٩٣ أسيوط (٤٠/٤/١٣) ت س م ش ٧٣/٦/١٣

□■□

(المبدا ١٢) : الدائن مخير بين مطالبة الأصل او الكفيل .

المتفق عليه فقها وقضاء أن الدائن مخير بين ان يطالب بدينه الأصيل فقط او الكفيل فقط او هما معا ـ وان أيهما اذا ادى فقد برىء الآخر .

٤١/٢٤٨ أبو قرقاص (٤٢/٦/٣٠) م ش ٦٥/١٥

□■□

(المبدأ ١٣) : الدائن الذى دينه على الميت اذا وجد شيئا من تركتـه فى يد الوارث ولو حصته بعد القسمة اخذ جميع دينه منها .

من حق الدائن فقها الذى أثبت دينه على الميت اذا وجد شـيئا من تركته فى يد الوارث ولو حصته بعد القسمة اخذ منها جميع دينـه ورجع الحاضر على الورثة الباقين بما خصهم ، فقد جاء فى جامع الفصـولين ص ٢٤ ج ٢ من باب دعوى الدين الآتى : « تركة فيها دين لم يستغرق قسمت فجاء الغريم فانه يأخذ من كل منهم حصته من الدين وهذا اذا أخذهم جملة عند القاضى اما لو ظفر باحدهم أخذ منه جميع ما بيده ومثله فى الهندية ج٤ ص ١٠٧ والتكملة ٢ ص ٩٨ » .

١٩٤٨/٢٤ ديروط (٤٨/٦/٥) م ش ٣٦٨/٢٢

□■□

(المبدأ ١٤) : قسمة التركة غير لازمة قبل سداد الديون .

قسمة التركة غير لازمة قبل سداد الدين الا اذا خصص الورثة نصيبا للغريم . فقد جاء فى الهندية ج ٤ ص ١١٠ الآتى « اذا أدعى بعض المقتسمين من الورثة دينا على الميت واقام بينة تقبل وتنقض القسمة ولم تكن القسمة ابراء عن الدين .

٤٨/٥٢٤ ديروط (٤٨/٦/٥) م ش ٤٦٨/٢٢

□■□

(المبدأ ١٥) : الشراء بالأجل لا يعتبر استدانة فى مجـرى العـرف والعادة لأن الاستدانة متى اطلقت تنصرف فى متفاهم الناس الى الاستقراض فقط ، فهم يفرقون بين الاستدانة والشراء بالأجل فى التقرير والاعتبار .

الشراء بالأجل لا يعتبر اسـتدانة فى مجـرى العـرف والعـادة لأن الاستدانة متى أطلقت تنصرف فى متفاهم الناس الى الاستقراض فقط فهم يفرقون فى الاسـتدانة والشراء بالأجل فى التقـدير والاعتبـار ويرون ان الاستدانة مما تكرهه النفوس وتنفر منه الطباع ولا يلجأ اليها الانسـان الا مضطرا بينما يعتبرون الشراء بالأجل أمرا عاديا مألوفا بين الغنى والفقير ولا يتنافى مع محاسن الصفات وجميل الخصال .

٣٩/١٦٠ العليا (٤١/١/١٨) م ش ٢٥/٦/١٣

□■□

مرض الموت

(المبدأ ١) : تعريف مرض الموت .

مرض الموت هو الذى يغلب فيه الهلاك ويعجز عن القيام بالمصالح — سواء اقعد او لم يقعد — الا اذا تقادمت العلة بأن تطاولت سنة فاكثر ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغير ، فان تصرفات المريض تكون صحيحة — اما اذا زادت العلة وتغيرت حالة المريض فان تصرفاته تعتبر تصرفات مرض موت . ويقضى الفقه بان مرض الموت بالنسبة للمراة هو الذى يغلب فيه هلاكها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت سواء اقعدها المرض فى الفراش أم لم يقعدها — وتكون تصرفاتها فى هذه الحالة كتصرفات المريض الا اذا قدمت العلة بأن تطاولت سنة فأكثر ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغير فى حالة المريض فان تصرفاته كتصرفات الصحيح وان تغيرت الحالة أو زادت العلة كان حكم التصرف كتصرف المريض .

٤١/٧٥ ك س مصر (٤٢/٦/٢٢) م ش ٤٨/٧/٣

□■□

(المبدأ ٢) : المقصود بمرض الموت .

المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقدير الاطباء ، ويلازمه ذلك المرض حتى الموتوان لم يكن المرض معروفا بين الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت ، ان يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقة خارج البيت . فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به .

نقض ٤٠/١٥ ق (٧٦/١/٧) س ٢٧

نقض ٤٧/١٠١١ ق (٨٣/١٢/٢٧)

□■□

(المبدأ ٣) : مرض الموت هو الذى يقعد بصاحبه عن اداء اعماله خارج المنزل ويغلب عليه الهلاك اذا كان رجلا يتوقف تصحيح التصرف فيه على اجازة الورثة .

ان الخلاف بين طرفى الخصومة ينحصر فيما اذا كان العقدان المتنازع عليهما تحررا فى مرض الموت أم لا — واذا كانا تحررا فى مرض الموت فهل

للمستانف عليهما الحق فى طلب رد الثمن أم لا ـ وحيث ان القضـاء قـد استقر على أن البيع فى مرض الموت اذا كان فيه معنى التبرع وكان لوارث توقف نفاذه على اجازة الورثة ـ اما اذا كان لغير وارث فلا ينفذ الا فى الثلث ويعتبر الثلث فى القـدر المحابى فيه فقط ـ كما استقر القضـاء ايضا على الأخذ بتعريف الشريعة الاسلامية لمرض الموت بأنه المرض الذى يقعد صاحبه عن اداء اعماله خارج المنزل ويغلب عليه الهلاك اذا كان رجلا ـ ومثل البيع فى مرض الموت الاقرار فى مرض الموت اذا كان لوارث توقف نفاذه على اجازة باقى الورثة الا ما استثنى (راجع المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية) ثم ان معرفة كون المرض هو مرض الموت وان البيـع جدى أو فيـه معنى التبرع ترجع الى ظروف كل دعوى والى تقدير القاضى .

٢٨/٦٤ ك س مصر (٣١/٥/٦) م ش ٤/٤٨٨

□■□

(المبدأ ٤) : مرض الموت ـ ماهيته :

المقصود بمرض الموت ـ على ما جرى به قضـاء النقض ـ انه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه ، عرفا أو بتقرير من الاطباء ، وملازمة المرض حتى الموت ، وان لم يكن أمر المرض معروفا بين الناس بأنه من العلل المهلكة ، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت ، فيجمع معه تحقيق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به ، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد انه « .. محور النزاع يدور حول ما اذا كان المورث عنـدما اوقع الطلاق على المستانف عليها فى مرض الموت أم لا ـ وانه وان ثار خلاف حـول الأمارات والأوصاف الظاهرة التى بها يتعين أن المرض يشـتمل على الوصف الأول وهو احداث الموت غالبا الا أن المعنى المقصـود من مرض الموت ان يـكون الشخص فى حالة يغلب فيها الهلاك ويتوقعه هو ، وان تقـع تصرفاته مـع حالة الخوف من الموت المرتقب المرصود ، ورتبوا على ذلك انه متى كانت الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك

---

(١) المادة ٥٦٤ ـ اقرار المريض لوارثه باطل الا أن يصدقه بقية الورثة سواء كان اقرارا بعين أو دين عليه للوارث او بقبض دين له من الوارث او من كفيله الا فى صورة ما اذا أقر باستهلاك وديعته المعروفة التى كانت مودعة عنده او أقر بقبضه ما كان وديعـة عند وارثه أو بقبض ما قبضـه الوارث بالوكالة من مديونه .

ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته ، انه اذا ما استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت الا فى فترة شدة تزايد المرض واشتداد وطأته ، وآية ذلك ان المريض فيما قد يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو اجله فى حالة يستشعرها هو .. » وهى تقريرات سليمة لا مخالفة فيها للقانون بشأن تحديد شروط مرض الموت .

نقض ٤٤/١٦ ق (٧٦/٢/١١) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٥) : مرض الموت ـ ماهيته .

من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت ـ وعلى ما جرى قضاء النقض ـ ان يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ، ويشعر معه المريض بدنو اجله ، وأن ينتهى بوفاته ، فاذا استطال المرض لأكثر من سنة . فلا يعتبر مرض موت مهما تكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعتبر من حالات مرض الموت الا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها ، اذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة . وقيام مرض الموت او عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديره محكمة الموضوع .

طعن ٤٩/١٠٠٢ ق ج (١٩٨٤/٢/٨)

□■□

(المبدأ ٦) : ليس معنى مرض الموت ان يلازم المريض الفراش .

ليس معنى مرض الموت ان يلازم المريض الفراش ـ فكثيرا ما يكون الداء دفينا ويموت الانسان به فجأة وكثيرا ما يبرح الانسان فراشه ويسير فى الطرقات والمرض ينخر فى جسمه .

٣٣/١٨٣ اسكندرية (٣٥/٢/٤) م ص ٦٤/٣/١١

□■□

(المبدأ ٧) : لا يشترط فى مرض الموت ملازمة الفراش على وجه الاستمرار ، ولا التأثير فى سلامة ادراك المريض .

لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى ان يلازمه وقت اشتداد العلة به ، كما لا يشترط فيه ان يؤثر على سلامة ادراك المريض او ينقص من اهليته للتصرف ، ومن ثم

فان ذهاب المورث الى المحكمة واقراره بصحة توقيعه على العقد المطعون عليه لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته .

طعن ٢٦/٩ ق　　　　　　س ١٥ ص ٣٩٤

□■□

(المبدأ ٨) : مرض الموت لم يحدد فى القانون المصرى ولم يبين شرائطه .

مرض الموت لم يحدد فى القانون المصرى ولم يبين شرائطه عندما نص عليه فى باب البيع بل ترك الأمر الى تقدير القاضى وله السلطان المطلق فى التقدير الذى يستخلصه من الأدلة والقرائن والظروف .

٣٣/١٨٣ اسكندرية (٣٥/٢/٤)　　　　　　م ش ٦٤/٣/١١

□■□

(المبدأ ٩) : لا يعتبر الطلاق فى مرض الموت مع ثبوت مباشرة المتوفى لاعماله بعد الطلاق .

حيث ظهر من قسيمة الطلاق أن المتوفى انتقل لدار المأذون كما ثبت أنه بعد الطلاق انتقل مرتين لمحكمة الازبكية الشرعية وهذا يدل على انه لم يقعد عن قضاء مصالحه فلا تكون حال هذا المتوفى من مرض الموت .

٣١/٢٠ العليا (٣٤/٢/٢٦)　　　　　　م ش ٥/٤٥٥

□■□

(المبدأ ١٠) : مرض الموت بالنسبة للمرأة هو الذى يغلب فيه هلاكها وبعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت .

يقضى النقه بأن مرض الموت بالنسبة للمرأة هو الذى يغلب فيه هلاكها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت سواء اقعدها المرض فى الفراش أم لم يقعدها ـ وتكون تصرفاتها فى هذه الحالة كتصرفات المريض الا اذا قدمت العلة بأن تطاولت سنة فأكثر ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغير فى حالة المريض فان تصرفاته كتصرفات الصحيح وان تغيرت الحالة او زادت العلة كان حكم التصرف كتصرف المريض .

٤١/٧٥ س ك مصر (٤٢/٦/٢٢)　　　　　　م ش ٤٨/٧/٢

□■□

(المبدأ ١١) : لا يعتبر المرض مرض موت بثبوت مزاولة المريض لعمله خارج بيته بعد وقوع الطلاق المدعى حصوله فى مرض الموت فرارا من الارث

حيث أنه ظهر من الاطلاع على اشهاد الطلاق ان هذا الطلاق اوقعه المتوفى على المدعية ٩٣٣ وتبين من خطاب وزارة الزراعة المحرر فى ٩٣٤ أن المتوفى كان يزاول عمله بمصلحة الطب البيطرى لغاية سبتمبر سنة ٩٣٤ـ ومن حيث انه عند افتراض صحة أن المتوفى كان مريضا وقت ايقاع الطلاق فارا من ارث المدعية لأن مرض الموت هو الذى يمنع صاحبه من اداء عمله خارج البيت ويستمر الى الوفاة .

٤٤/٣٣ ك س مصر (٣٤/٨/٢٧) م ش ١٤٠/٧

□■□

(المبدأ ١٢) : تصرف مرض الموت الذى يترتب عليه بطلان التصرف فيما زاد على ثلث المال .

جاء فى المبسوط فى باب طلاق المريض ما يأتى « وحد المرض الذى يكون به فارا أن يكون صاحب فراش أضناه المرض ــ فأما الذى يجىء ويذهب فى حوائجه فلا يكون فارا وان يشتكى ويحم .. الى ان قال وهذا لأن ما لا يمكن الوقوف على حقيقته يعتبر منه السبب الظاهر ويقام ذلك مقام المعنى الخفى تيسيرا » وجاء فى فتح القدير فى باب طلاق المريض (والحاصل أن مبنى القرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده والهلاك الغالب يتوجه بغير المرض كما يتوجه بالمرض الى ان قال ــ وتوجهه بالمرض قبل ان لا يقدر أن يقوم الا بأن يقام وقيل ان لا يقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاد الأصحاء وان كان يتكلف والذى يقضيها فيه وهو يشتكى لا يكون قادرا لأن الانسان قلما يخلو منه فاما من يذهب ويجىء ويحم وهو الصحيح .وجاءفى الخانية وان كان المريض رجلا قد أضناه المرض حتى صار صاحب فراش وعجز عن القيام بالمصالح الخارجية ويزداد كل يوم مرضا يتعلق حق آخر بماله ، الى أن قال ــ وفى جانب الرجل العجز عن المصالح الخارجية اما الذى يذهب فى حوائجه ويحم كل يوم فهو كالصحيح ــ وجاء فى البحر ــ والمراد بالمريض من عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد وعجز السوقى عن الاتيان الى دكانه . فأما من يجىء ويحم فلا وهو الصحيح ــ وجاء فى الهندية ــ انما يثبت حكم الفرار اذا تعلق حقها بماله ، وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا بان يكون صاحب فراش وهو الذى لا يقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الأصحاء الى ان قال والصحيح أن من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض وان أمكنه

القيام بها فى البيت ــ وجاء فى الزيلعى مثل ما فى الهندية ــ وجاء فى التنوير (انه لا بد من ان يعجز صاحبه عن اقامة مصالحه خارج البيت وقال شارحه فى الدر (أنه الأصح) وعلق فى رد المحتار على ذلك بقوله بعد كلام (وفى نور العين كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة ، لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وان كان يخرج من البيت وبه كان يفتى الصدر الشهيد ، ونقل صاحب المحيط انه ذكر محمد فى الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالبا لا بكونه صاحب فراش ثم قال بعد كلام (قد يوفق بين القولين بانه ان علم ان به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد الى الموت فهو المعتبر وان لم يعلم انه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح » ومن ذلك يتبين أن الفقهاء اختلفوا فى تعريف مرض الموت اختلافا كثيرا . أما الصحيح فى المذهب المنقول فى معتبرات الكتب أن مرض الموت ــ هو الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت وان من يباشر هذه المصالح خارج البيت لا يسمى مريضا مرض الموت وتعطى تصرفاته حكم تصرفات الأصحاء .

٩٤١/٣٦ ك س المنيا (٤٤/٢/٢٩) ت ــ م ش ١٧/١٢١

□■□

(المبدأ ١٣) : المريض الذى يطول مرضه ولم تتغير حاله فهو كالصحيح .

المنصوص عليه شرعا أن المريض اما أن يطول مرضه وقدروا ذلك بسنة فأكثر أو لا يطول بأن لم يبلغ السنة ــ فان طال ولم تتغير حالة المريض فهو كالصحيح وتصرفه حينئذ يكون نافذا فى جميع تركته وان طال وتغيرت حالته بأن زاد المرض وما زال يزداد الى أن توفى به فهو مرض موت وينفذ فى الثلث ما دامت الورثة لم تجزه .

٣٩/١٦٧ العليا الشرعية (٤٧/١/١٩) م ش ١٣/٧/١٥

□■□

(المبدأ ١٤) : اذا ادعت زوجة المتوفى ان طلاقها كان فى مرض الموت وادعت زوجته الأخرى انه كان فى حالة الصحة تسمع بينة مدعية الصحة شرعا .

حيث أن المستأنفة تدعى أن المتوفى طلق المستأنف عليها فى حال صحته والمستأنف عليها ادعت انه طلقها فى مرض الموت والنص الشرعى يقضى بأن البينة بينة من يدعى الصحة .

وحيث انه ثبت من الأوراق المقدمة من المستانفة ان المتوفى كان يباشر اعماله خارج المنزل بعد الطلاق المذكور وحينئذ لا يكون فارا فيما صدر منه من طلاق المستانف عليها .

١٦٨/٣٤ العليا الشرعية (٣٢/١٢/٤) م ش ٥/٢٣٤

□■□

(المبدأ ١٥) : اذا اختلفا فى الصحة والمرض دون دليل فالقول لمدعى المرض بيمينه .

المنصوص عليــه شرعا انهما اذا اختلفا فى الصحة والمرض ولم يقدم احدهما مثبتـا كان القول قول مدعى المرض بيمينــه كمـا هو الراجح فى المــذهب .

٣٣/٢٥ العليا الشرعية (٣٥/٥/٧) م ش ٦/٥٦٤

□■□

(المبدأ ١٦) : يقضى الفقه بترجيح بينة الصحة على بينة المرض .

يقضى الفقه بترجيح بينة الصحة على بينة المرض وانه اذا لم يكن لأحد الخصمين بينة فالقول لمدعى المرض لأن الأصل ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته والمرض اقرب للموت من الصحة .

٤١/٧٥ ك مصر (٤٢/٦/٢٢) م ص ٤٨/٧/٣

□■□

(المبدأ ١٧) : سبق حضور المتوفى بنفسه مرارا امام المحكمة قرينــة على الصحة .

سبق حضور المتوفى مرارا بنفسه امام المحكمة فى دعوى النفقةالمرفوعة عليه من زوجتــه مع بعد الشقــة بين بلده والمحكمة ووجود وكيل عنــه فى الدعوى قرينة على حصول الطلاق الصادر قبله فى حال الصحــة لا تسمع معها دعوى حصوله فى مرض الموت للارث .

٣٤/١٢٠ ك مصر (٣٥/١١/١٧) م ش ٨/٢٠١

□■□

(المبدأ ١٨) : القاضى الذى يقدر مرض الموت لا يتقيد بالروابط التى وضعها الفقهاء فى القرون الوسطى .

لا يجب على القاضى الذى يقـدر مرض الموت ويتحقق من شرائطه فى هذا العصر الذى تقدم فيه علم تشخيص الأمراض واعراضها ومضاعفتهـا أن يتقيد بحثه بالقواعد والروابط التى وضعها الفقهـاء فى القرون الوسطى التى كانت الوسائل العلمية فيها معدومة ، بل يجب ان ينظر الى المرض من خاصتين الأولى الحسية المادية والثـانية النفسية السيكولوجية ـ ومتى حصر بحثـه فى هذين الركنين كان له حرية التقـدير بدون أن يكون عليـه وجوب الأخذ بآراء الفقهـاء الأقدمين والقيود التى وضعوها مثل تحـديد المرض بمدة شـهر او اكثر او غير ذلك من القواعد التى هى انمـا وضعت كقرائن يستخلص منها ما يدل على توفر العنصرين المشار اليهما .

١٣٨/٣٣ ك اسكندرية (٢٥/٢/٤) م ش ٦٤/٣/١١

□■□

(المبدأ ١٩) : شروط مرض الموت . مسالة قانون . توافرها مسالة واقـع .

المقرر فى قضاء النقض انه اذا كانت شروط مرض الموت مسالة قانون فان قيام هذا المرض متوافرة فيه شرائطه مسالة واقع تستخلصه محكمـة الموضوع دون رقابة من محكمـة النقض متى بنت قضـاءها على أسـباب سـائغة .

نقض ١٦/٤٤ ق (٧٦/٢/١١) س ٢٧

□■□

مسكن الطـاعة

(المبدا ١) : المقصود ببيت الطاعة .

المقصود ببيت الطاعة هو أن تـكون الزوجـة فى محل تامن فيه على نفسها ومالها وتستطيع الاستمتاع فيه بزوجها ـ وهـذا يتأدى فى بيت له غلق ولو كان بجواره بيوت كثيرة ، أما مسألة المرافق الأخرى كبيت الخلاء والتنور وبئر الماء فلم يشترط وجودها داخل البيت بل أجازوا وجودها فى الدار ؛ وأن تكون على سـبيل الاشـتراك ، حتى انه جعلت هـذه المرافق تختلف باختلاف طبقات الناس فلو كانت من الشروط الضرورية لشرعيـة المسكن لاشترط كونها داخل البيت وعدم اشتراك الغير فيها ، ولما اختلفت باختلاف الناس ، فكونها بهذه الصفة يفهم منه ، أن المقصود اندفاع الحاجة بأى طريق يتفق مع عادات النـاس وطبقاتهم ، فاذا كانت طبقـة الزوجين ممن لا يصح أن يشترك فى هذه المرافق يجب أن تكون هذه المرافق فى بيتها ومغلق عليها غلق واحد لا يشاركها فيها أحد ، وان كانت من طبقة الفقراء الذين يسكنون الربوع والأحراش يكفى فيه اندفاع الحاجة .

٤٣/٥٨ كوم أمبو (٤٤/٣/١٩) م ش ٦٣/٣/١٦

□■□

(المبدا ٢) : الأساس فى المسكن الشرعى هو أن يسكن الزوج زوجته فى بيت تكون فيه امنة على متاعها وعدم ما يمنعها من المعاشرة مع زوجهـا والاستمتاع به .

عرف الفقهاء المسكن الشرعى الذى يجب تهيئته للزوجـة ، بأن يكون مسكنا مستوفيا للأدوات والمرافق الشرعية ـ وخاليا من سكن الغير ـ وبين جيران مسلمين صالحين ـ وهذه الشروط استقيت من قولهم أن الزوجـه يسكنها زوجها فى بيت تكون فيه آمنة على متاعها وعدم ما يمنعها من المعاشرة مع زوجها والاستمتاع .

٤٣/٨٥ كوم أمبو (٤٤/٣/٩) م ش ٦٣/٣/١٦

□■□

(المبدا ٣) : تولت الشريعة بيان امر شرعية مسكن الطاعة ــ المسكن الذ لا جيران له مسكن غير شرعى ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه .

لم تترك الشريعة الاسلامية امر لزوم الزوجة بطاعة زوجها من غير عناية بتنظيمه ولا رعاية منها بتحديده ــ بل نظرت الى هذا الأمر الخطير نظرة حازمة ، ووقفت فيه الى جانب المراة ، فكفلت بذلك حمايتها من عنت الزوج وعسفه ، واحاطتها بسياج قوى من ظلم الرجل ومضايقته ، ولم تتركها موضع رقة واستعباد ، يسكنها حيث شاء ، وينقلها الى أى مكان اراد . وقد كان للشريعة أن تقف من هذا الأمر موقف الحازم ، ومن الناس من لو جعل له هذا الحق دون التثبت من رعاية قيوده ، والتحقق من وجود شرائطه لأساء استعماله ، ولا تخذه أداة عسف ، وطريق عنت وارهاق . وقليل منهم من يبغى طاعة زوجته لرغبة فيها وكثير من يرجوا حكم الطاعة وسيلة للاضرار بها بانزالها مسكنا لا تجد فيه غير الضيق والوحشية ، ولا تصادف فيه غير الأذى والنكبة تسمع فيه من اهله شديد القول ولذعه، وتلاقى فيه من احمائها وضرائرها ضروب العذاب ، والوان القسوة ، وما ذلك الا لأمر يبغيه وغاية يقصد اليها ــ وقد تتعددت الغايات وتختلف المقاصد . وما جعل الزوجان القضاء لهما طريقا الا وقد دب بينهما خلاف فى النفس عن اصلاحه ، وانفجر جرح فى القلب قد يتعذر دواؤه ــ فأخذ كل منهما يكيد لصاحبه ويناصبه العداوة والبغضاء فتعمد الزوجة الى طلب النفقة ولا تبغى من ذلك الا احراج الزوج ومضايقته ، ويعمد الزوج الى طلب طاعتها ، ولا قصد له الا الاضرار لها والتنكيل بها ، فكان جميلا اذن (وقد رتبت الشريعة لكل منهما على الآخر حقه) أن تراقب استعمال هذا الحق ــ فلا تجعل النفقة للزوجة الا وقد توافرت شروط الزام الزوج بها . ولا تجعل الطاعة للزوج الا فى منزل قد استوفى شرائطه (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن) ومن اجل ذلك شاء التشريع أن يكون منزل الطاعة خاليا من سكن اهلهما رعاية لهما فى العشرة وكمالها ، وعناية بالمراة حتى تكون فى مأمن على نفسها ، ومالها ، وجاء النص صريحا فى انه لو اراد اسكانها مع ضرتها او احمائها كامه وابت عليه ذلك أجبر على اسكانها فى منزل على حدته ، لأن اباءها دليل الاذىبهم والتضرر منهم ــ البدائع وابن عابدين ــ وكذلك شاء التشريع أن لا تقوم فوضى فى اختيار هذا المنزل ، بل شرط الفقهاء أن يكون بين جيران صالحين واقوام خيرين ، حتى لا تأخذ الزوجة فيه وحشة ، ولا تحل بها فيه من نكبة ــ فقال صاحب البحر ــ للزوج أن يسكنها حيث أحب ، ولكن بين جيران صالحين ، ولو قالت أنه يضربنى ويؤذينى فمره ان يسكننى بين قوم صالحين فان علم القاضى ذلك زجره ومنعه من التعدى عليها ، والا سأل الجيران عن صنيعه فا نصدقوها منعه من التعدى ولا يتركها (تتمة) ، وأن

لم يكن فى جيرانها من يوثق بهم أو كانوا يميلون الى الزوج أمره باسكانها بين قوم صالحين . وجاء فى حاشية ابن عابدين بعد كلام صاحب البحر — وقد علم من كلامهم ان البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى . وفى الزيلعى ولو شكت انه يضربها او يؤذيها ان علم القاضى ذلك زجره وان لم يعلم سال جيرانه فان لم يوثق بهم او كانوا يميلون اليه اسكنها بين قوم اخيار يعتمد القاضى على خبرهم — من ذلك ترى ان مسكن الطاعة اذا اقيم وحده ، ولم يتصل به جيران طيبون ، عد مسكنا غير مرعى ، ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه . وحسنا كان هذا الصنيع . فليس من العدل فى شىء وقد دب دبيب النزاع بين الزوجين ، وسجر بينهما من الخلاف ما اوجد الموجدة فى قلب كل منهما لصاحبه ، أن نخلى بين المرء وزوجته ، ونسلمها اليه ليسكنها كيفما شاء ، ثم يسومها سوء العذاب ، وشديد النكال ولا تجد بجوارها من تستصرخه ، أو تستغيث به أو تستشهده على فعله وصنيعه ، ليدرأ القضاء عنها شره ويباعد بينها وبين آثامه — لذلك كان الميل قويا الى جانب هؤلاء الفقهاء الذين حتموا أن يكون منزل الطاعة الى جوار قوم اخيار يحدثون من صنيع الزوج اذا ما دعوا الى الحديث عنه ولا أقل من أن يكون لهذا المنزل جاران يتوافر فيهما نصاب الشهادة .

٣٤/٢٥٢ الأقصر (٣٤/١٢/١٣) م ش ٨٠٧/٦

□■□

(المبدأ ٤) : لا يشترط فى مسكن الطاعة احاطة الجيران به من جميع الجهات .

ان اشتراط الجار انما هو لأمنها على نفسها ومتاعها بحيث اذا استغاثت اغيثت فيؤخذ من هذا عدم اشتراط احاطة الجيران بها — بل لو كان الجيران من جانب واحد يكفى لأن الحكم يتأتى بهذا الوضع وهى انها لو استغاثت اغيثت .

٤٣/٥٨ كوم أمبو (٤٤/٣/١٩) م ش ٦٣/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٥) : اذا لم يكن مسكن الطاعة شرعيا لا تجبر الزوجة على الطاعة فيه .

حيث تبين أن المسكن الذى أعده المستأنف عليه ليس هو المسكن اللائق بحاله اذ لا مناسبة بينه وبين المسكن الآخر الذى كان قد اعده اولا

لطاعة المستأنفة بل يؤخذ من البيانات التى تضمنها التقرير عن ذلك المسكن انه ليس مسكن الطاعة الشرعى الذى يعده الزوج لزوجته ليعيشا معا فيه عيشه الزوجية بل انه هياه بقدر ما يصل به الى غرضه (قضية الطاعة)ـ ظاناً ان ذلك يغنيه فى قضيته فحسب وحينئذ فلا تجبر المستانفة على السكنى فيه .

١٩٢٩/١٠٢١ س ك مصر (٣٢/٦/١٥) م ش ٨٤٨/٤

□■□

(المبدأ ٦) : لابد ان يكون الزوج امينا على زوجته فى مسكن الطاعة .

المنصوص عليه شرعا ان الزوج لابد ان يكون امينا على زوجته فى مسكن الطاعة بحيث اذا فقد هذا الشرط وخرجت من المنزل بسبب ذلك فلها النفقة عليه ولا تكون ناشزا .

٢٥/٩٨٩ الأقصر (٢٩/٩/١) م ش ٥٦٨/٥

□■□

(المبدأ ٧) :عدم كفاية ادوات المسكن بحسب العرف لا تعتبر معه الزوجة ناشزا .

نص الفقهاء على انه يجب على الزوج سائر ادوات البيت ، من فرش وآنية وادوات تليق بحسب عرف زمانه ومكانه ـ وهذا ظاهر لأنها حبست نفسها على منافعه نظير ان يقوم لها بكل حاجاتها اللازمة كالبيت نفسه وكالكسوة (راجع شرح الدر وما نقل فى حاشية ابن عابدين عن الجوهرة) ونصوا كذلك على ان الزوجة التى تمتنع بحق شرعى ، لا تعد ناشزا ، ولا يجب عليها طاعته ، الا اذا ادى لها هذا الحق .

٣٣/٣٨ أسيوط (٣٤/١/٢١) م ش ٧٤٦/٥

□■□

(المبدأ ٨) : ليس بلازم لشرعية المسكن ان يكون جيرانه سكانا فى نفس المنزل الذى فيه المسكن .

وحيث ان جيران المسكن لا يشترط ان يكونوا سكانا فى نفس المنزل الذى به المسكن ، بل يكفى ان يكونوا بحيث يصل اليهم صوت الاستغاثة ، ويتمكنوا من الشهادة مما يقع بين الزوجين .

٣١/٣٦٢ السيدة (٣١/١٢/٢٣) ت س م ش ٨٩٦/٥

□■□

(المبدأ ٩) : لا يقبل دفع دعوى الزوجة تمكينها من دخول مسكن الطاعة المحكوم عليها بالطاعة فيه بانها غير ملزمة ـ اذ الزوج ملزم بمجرد صدور الحكم بالطاعة ـ بان يمكنها منه لوجوب سكناها عليه .

الزوج وان كان فى بادىء الأمر له ان يسكن زوجته حيث شاء فى المسكن الشرعى ، ولكنه بعد ان عين هذا المسكن وطلب امرها بالطاعة فيه ، وحكم عليها بها اصبح هذا المسكن المعين هو مسكنه الشرعى ، واصبحت الزوجة مكلفة بالطاعة فيه ، حتى انها اذا لم تمثل ينفذ عليها حكم الطاعة قهرا ـ واذا امتنعت منه كانت ناشزا وكان له ان يطلب منعها من النفقة للنشوز ، فاذا أزعنت للحكم وقصدت الدخول فى مسكن الطاعة وجب عليه تمكينها منه ، لأن سكناها واجبة عليه وهى من النفقة الملزم بها شرعا واذا لم يمكنها منه ساغ لها ان تطلب من المحكمة امره بتمكينها من السكنى فيه وذلك فى الواقع أمر بنوع من نفقتها الشرعية ـ ولا شك انه اذا ثبت قدم تمكينها من السكنى بمسكن الطاعة المحكوم به الذى لايزال الزوج متمسكا به وجب أمر الزوج بأن يسكنها فيه وكانت دعواها التمكين ملزمة شرعا .

٣٣/٨٨٦ س ك اسكندرية (٣٤/٩/٩) م ش ٨٨٥٦/٥

□■□

(المبدأ ١٠) : لا تندفع شرعية مسكن الطاعة بحجز منقولاته ولو تعينت ضرة الزوجة المحكوم عليها حارسا على المحجوز .

حيث ان وكيلها (الزوجة) دفع الدعوى بأن المسكن مشغول بسكنى الغير لأنه ثبت من محضر المعاينة ان فى المسكن مرحاضين ونوافذ مغلقة ـ وحيث ان وجود مثل هذه الأشياء فى المسكن لا يدل على انه مشغول بسكنى الغير وحيث أن دفع الدعوى ايضا بأن الضرة تسكن هذا المسكن بدليل محضر الحجز الذى قدمه الدال على أن المدعى عليها حجزت على أمتعة المدعى التى بهذا المسكن على ان ضرة المدعى عليها عينت حارسا عليها وذلك لأن تعيين الضرة حارسا يدل على انها مقيمة فى المسكن الذى حصل فيه وحيث ان محضر الحجز ليس فيه ما يدل على أن ضرة المدعى عليها مقيمة بالمسكن المذكور ولا يلزم من تعين الحارس أن يكون مقيما بالمنزل الذى توقع الحجز فيه ـ وحيث ان دفع الدعوى ايضا بان الحجز على الأدوات التى بالمسكن وتعيين حارس عليها يمنع من استعمالها قانونا ـ وبذلك يكون المسكن غير شرعى ـ وحيث ان الحجز على أمتعة الزوج وتعيين حارس عليها لا يمنع الزوج من استعمال أمتعته ولا يكون المسكن غير شرعى بسبب ذلك .

٣٣/١١٨ السنبلاوين (٣٤/٢/١٣) ت س م ش ٧٧٢/٦

□■□

(المبدأ ١١) : النصوص الشرعية لا تبيح التعرض لمحل السكن لانه من الضروريات التى لا يستغنى عنها الانسان ـ والفقرة الثانيـة من المادة العاشرة من لائحة التنفيذ جاءت على وفق الشريعة فمنعت من بيـع منزل للسكنى ، فاذا حجزت الزوجة على محل سكن زوجها وعلى ما به من ادوات ضرورية فقد خالفت الشرع والقانون ـ ولذلك لا يحاسب زوجها على هذا المانع الذى جاء من قبلها بقصد ازالة شرعية المسكن بل يجب ان تعامل هى به وبرد قصدها عليها .

النصوص الشرعية فى ابواب الفقه المتعددة لا تبيح التعـرض لمحل السـكن لانه من الضروريات التى لا يستغنى عنها الانسـان كلبـاسه الذى يقيه حر الصيف وبرد الشتاء سواء بسواء ـ والفقـرة الثانيـة من المادة العاشرة من لائحـة التنفيـذ جاءت على وفق ذلك فمنعت من بيـع منزل السكنى ـ فالمدعية باقدامها على الحجز على محل سكن المدعى عليه اقدمت على مخالفة الشرع والقانون ووضعت بيدها المانع المادى على مسكن الطاعة تقصد ازالة شرعيته واستمرارها على النشوز ومتى كان هـذا المانـع من قبلها فلا يحاسب به المدعى ولا يذهب بشرعية مسكن اعده هو بل تعـامل هى به برد قصدها عليها وهذا هو الفقه .

١٠٤٥/٣٣ كرموز (٣٤/٥/١٢) ت س م س ٨٠/٧٤

□■□

(المبدأ ١٢) : العبرة فى المسكن بحال الزوج يسارا او اعسارا .

كان العمل بمذهب ابى حنيفة من اعتبار النفقة ومنها السكنى بحـال الزوجين وقد صـار بعد ذلك بالقـانون ٢٥ سـنة ١٩٢٩ المعمـول به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ونشر فى ١٩٢٩/٣/٢٩ الذى اعتبر النفقـة بحال الزوج يسرا وعسرا ـ وحيث ان الدسـتور فى ذلك هو قوله تعـالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجـدكم ولا تضـاروهن) وقوله تعـالى (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) فالعبرة بحال الزوج وبما يليق به مع عـدم المضارة بها وعليها ان تسكن حيث يسكن .

١٣٥٨/٣٤ المنيا (٢٥/١٠/٢٩) ت س م ش ٩٦٧/٧

□■□

(المبدأ ١٣) : عدم كفاية مسكن الطاعة للمعيشة الزوجية واخراج ادواته منه ـ ولم يقم دليل على اعادتها مزيل لشرعيته .

حيث تبين من اوراق الحجز ان ادوات المسكن لا تكفى للمعيشة فضلا

عن انها اخرجت منه ولم يقم دليل علي اعادتها اليه وبذلك يكون المسكن غير شرعي ولا تجبر الزوجة على الطاعة فيه .

٣٤/١٠٢٣ س ك مصر (٢٥/٤/٨) م ش ٨١١/٧

□■□

(المبدأ ١٤) : عدم دخول الزوجة مسكن الطاعة بسبب من ناحية الزوج ــ دلالته .

الحجز على أدوات مسكن الطاعة ووضعها فى حجرتين مختوم عليها بالشمع الاحمر وباقي الحجر خال من الأدوات ، وأن الزوجة لا تستطيع دخول هذا المسكن ، بل عرضت نفسها غير مرة لتدخل فيه فلم تمكن من ذلك ــ ومن حيث ان عدم دخول الزوجة فى مسكن الطاعة بحالته هذه لا يعد نشوزا منها ولا معصية اواجب الزوجية اذ انه بشان مانع من قبله هو لا من ناحيتها وهى انما حجزت على الأدوات بطريقة قانونية .

٢٨/٢٤١ كرموز (٢٩/١٢/١٠) ت س م ش ٧٢١/١

□■□

(المبدأ ١٥) : لا يحكم بالطاعة مع ثبوت عدم صلاحية المسكن لنقص أدواته .

حيث تبين من محضر المعاينة الذى عمله من ندبته المحكمة أن الأدوات الموجودة بالمسكن ينقصها الشيء الكثير من اللوازم الضرورية للمعيشة وبعضها غير صالح للاستعمال وحينئذ يكون المسكن غير شرعى ولا يلزم المستانفة الاقامة فيه .

٤٣/١٦٤٠ ك س مصر (٣٥/٥/٢٠) م ش ١٩٤/١٨

□■□

(المبدأ ١٦) : لا تعود للمسكن شرعيته بعد ثبوت زوالها الا بحكم .

لا تعود للمسكن شرعيته بعد ثبوت زوالها بمحضر الحجز الدال على خلوه من الأدوات بمجرد دلالة محضر حجز آخر فى تاريخ لا حق له على كفاية ادواته لانه متى قام الدليل على زوال شرعية المسكن لا تعود اليه الا بحكم كما لا يصلح المحضر الأخير دليلا على صحة حكم الطاعة المستانف ووجوب تاييده .

٣٧/١٨٥٠ س ك مصر (٣٨/٥/٢٧) م ش ٥٣١/٦

□■□

(المبدأ ١٧) : الدفع بخلو مسكن الطاعة من الأدوات بعد رفض اشكال بسببه دليل على ان الدفع قصد به الاحتيال على النشوز .

الدفع بخلو مسكن الطاعة من الأدوات بعد عمل اشكال فى تنفيذ حكم الطاعة بسببه وتقرير رفض هذا الاشكال مما يدل على أن الدفع حيلى لا يقصد به الا الاحتيال على النشوز .

٢٦/٣٦٣ الفشن (٣٦/٥/٢٠) ت س   م ش ٧٣/٢/١١

□■□

(المبدأ ١٨) : تعليق الزوجة دخولها فى مسكن الطاعة على شرط فى يدها امر تحققه يعتبر رضاء منها بهذا المسكن .

تعليق الزوجة دخولها فى مسكن الطاعة على شرط فى يدها أمر تحققه يعتبر رضاء منها بمسكن الطاعة ، وتنازلا عن حقها فيما يظن نقصانه من المرافق فيه .

٤٣/٥٨ كوم امبو (٤٤/٣/١٩)   م ش ٦٣/٣/١٦

□■□

(المبدأ ١٩) : اذا كان مسكن الطاعة مناسبا لحال الزوج وبه غرفتان فلا يقدح فى شرعيته اسكان بنت له مع الزوجة فيه ما دام يتسع لسكناها.

حيث أن مسكن الطاعة مكون من حجرتين فلا تضار الزوجة بسكنى البنت معها فيه فرضا لامكان وجود البنت فى حجرة والافضاء الى المدعى عليها فى الأخرى ولا يمنع ذلك من شرعية المسكن فقد جاء فى ابن عابدين بعد بحث طويل فى مسكن الزوجية ما نصه : « والحاصل ان المشهور وهو المتبادر من اطلاق المتون أنه يكفيها بيت له غلق من دار سواء كان فى الدار ضرتها او احماؤها وعلى ما فهمه فى البحر من عبارة الخانية وارتضاه المصنف فى شرحه لا يكفى ذلك ان كان فى الدار احد من احمائها يؤذيها وكذا الضره بالأولى وعلى ما نقله المصنف من ملتقط صدر الاسلام يكفى مع الأحماء لا مع الضرة وعلى مانقلنا على ملتقط ابو القاسم وتجنيسه للاستروشنى أن ذلك يختلف باختلاف الناس ففى الشريفة ذات اليسار لابد من افرادها فى دار ومتوسطة الحال يكفيها بيت من دار ، ومفهومه أن من كانت من ذوات الاعسار يكفيها بيت ولو مع احمائها وضرتها كأكثر الأعراب واهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون فى الأحواش والربوع وهذا التفصيل هو الموافق لما مر من أن المسكن يعتبر بقدر حالهما ولقوله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وينبغى اعتماده فى زماننا هذا ـ انتهى ـ ومنه يتضح

ان وجود البنت الصغيرة فى دار الطاعة فرضا وهى تحوى بيتين على اصطلاح الفقهاء لا تخل بشرعية المسكن .

١٤٥٩/٤٨ الزقازيق (٤٨/٩/٢٢) م ص ٩٠/٢١

□■□

(المبدا ٢٠) : لو اراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها او مع احمائها فابت ذلك ، عليه ان يسكنها فى منزل منفرد .

جاء فى البدائع ما نصه « لو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها أو مع احمائها كأم الزوج واخته وبنته وغيرها واقاربه فأبت ذلك عليه أن يسكنها فى منزل منفرد لأنهن ربما يؤذينها ويضرون بها فى المساكنة واباؤها دليل الأذى لأنه يحتاج الى ان يباشرها ويجامعها فى اى وقت يتفق ولا يمكن ذلك اذا كان معهما ثالث » وظاهر من ذلك أن منع شغل المسكن بمن ذكر لأمرين الأول الاضرار بالزوجة والثانى ألا يتمكن الزوج من المعاشرة فى أى وقت ـ وجاء فى البدائع : ـ حتى لو كان فى الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انها ليس لها أن تطالبه ببيت آخر » وجاء فى فتح القدير الجزء الثالث ما نصه وان كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنها معه بما بينا ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل « وذكر فيه أيضا » ولو كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضى الامام .

٥١/٥١١ الجيزة (٥١/١١/١٨) ت س م ش ١٣٧/٢٣

□■□

(المبدا ٢١) : مسكن الطاعة من نفقة الزوجة على زوجها فيتبع حاله يسارا او اعسارا (م ١٦ ق ٢٥/١٩٢٩) متى كان الزوج من طبقة الفقراء واعد لزوجته مسكنا مناسبا لحاله وجب عليها طاعته فيه ولا تمكن من طلب غيره ما دام حائزا لشرائطه الشرعية . لا يطعن فى شرعية المسكن سكنى احماء الزوجة بجواره ما داموا لا يسكنون معها فى ذات المسكن تحكيما لعادة الفقراء وعرفهم .

جاء فى الهداية : ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد ، وله غلق ، كفاها ، لأن المقصود قد حصل : وقال المحقق ابن الهمام فى فتح القدير تعليقا على ذلك » . اقتصر على الغلق فأفاد أنه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر ، وبه قال القاضى الامام ، لأن الضرر بالخوف على المتاع ، وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال

ولابد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الأجانب ، والذى فى شرح المختار ولو كان فى الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها او احد من اهله ان اخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لهـا ان تطلب بيتا « وفى تنوير الأبصار وشرح الدر المختار » وكذا تجب لها السـكنى فى بيت خال من أهله واهلهـا بقـدر حالهما وبيت من دار له غلق كفـاها » . لحصول المقصـود ـ هداية ـ وفى البحر عن الخـانية يشترط الا يكون فى الدار احد من احماء الزوجة يؤذيها ، ونقل المصنف عن الملتقط كفايته مع الأحماء لا مع الضرائر فلكل من زوجتيه أن تطالبه بيت من دار على حـدة « ونقل ابن عابدين عبار الخانية المشار اليها قال فى الخـانية فان كان دارا فيها بيوت واعطى لها بيتا يغلق ويفتح لم يكن لها ان تطلب بيتا آخر اذا لم يكن ثمة احد من احماء الزوج يؤذيها أ.هـ. قال المصنف (يعنى صـاحب التنوير) فى شرحه منهم شيخنا (يعنى صاحب البحر) أن قوله ثمة اشـارة للدار لا للبيت لكن فى البزازية : ابت أن تسكن مع احماء الزوج وفى الدار بيوت أن فرغ لها بيتا له غلق على حدة وليس فيـه احد منهم لا تمكن من مطالبتـه ببيت آخر » فضمير فيـه راجع للبيت لا للدار وهو الظاهر لكن ينبغى أن يكون الحكم كذلك فيما اذا كانت فى الدار من الأحماء من يؤذيهـا وان لم يدل عليه كلام البزازية أ.هـ. وفى البدائع « لو اراد ان يسكنها مع ضرتها أو مع احمائها كامه واخته فابت فعليـه أن يسكنها فى منزل منفرد حتى لو كان فى الدار بيوت وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا ليس لهـا أن تطالبـه بآخر » فهـذا صريح فى ان المعتبر عـدم وجدان احـد فى البيت لا فى الدار .

وفى منتقط ابى القاسم وتجنيسه للامام الأستروشنى (ابت ان تسكن مع ضرتها أو مع صهرتها ان امكنه ان يجعل لها بيتا على حدة فى داره ليس لها غير ذلك وليس للزوج أن يسكن امرأته وأمه فى بيت لأنه يكره ان يجامعها وفى البيت غيرها وان أسكن الأم فى بيت من داره والمرأة فى بيت آخر فليس لها غير ذلك ـ وذكر الخصاف أن لها ان تقول لا اسكن مع والديك فى الدار فافرد لى دارا قال صاحب الملتقط أن « هذه الرواية محمولة على الموسر » الشريفة ما ذكرناه قبله أن أفراد بيت فى الدار كاف انمـا هو المرأة الوسط اعتبارا فى السكنى بالمعروف وفرق صـدر الاسلام فى ملتقطه بين ماذا كان الجمع بين الضرتين فى دار اسكن كلا فى بيت له غلق على حدة فلكل منهما أن تطالبه ببيت فى دار على حدة لأنه لا يتوفر على كل منهما حقها الا اذا كان لها دار على حده بخلاف المرأة مع الأحماء فان النافرة فى الضرائر اوفر .

وفى الفتاوى الهندية ، امرأة ابت أن تسكن مع ضرتها أو مع احمائها

كامه وغيرها فان كان فى الدار بيوت وفرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة ليس لها أن تطلب من الزوج بيتا آخر فان لم يكن فيها الا بيت واحد فلها ذلك كذا فى الظهيرية وبه أفتى برهان الأئمة فى الوجيز للكردى .

من هذه النصوص يبين ان المتبادر من اطلاق المتون ان يكفيها بيت له غلق فى دار سواء فى الدار ضرتها أو احمائها وعلى ما رآه صدر الاسلام أن يكفيها ذلك مع الأحماء لا مع الضرة وعلى ما فهمه صاحب البحر من عبارة الخانية لا يكفيها بيت من دار له غلق وفيها أحماؤها وعلى ما فى ملتقط ابى القسم وتجنيسه أن ذلك يختلف باختلاف الناس ففى الشريفة ذات اليسار لا بد من افرادها فى دار ومتوسطة الحال يكفيها بيت واحد ولو مع احمائها او ضرتها كأكثر الأعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون فى الأحواش والربوع قال ابن عابدين وينبغى اعتماده فى زماننا .

٥٤/٨٢٦ سوهاج (١٧/١١/٥٤) ت س م ص ٣٠٩/٥

□■□

(المبدأ ٢٢) : حبس الزوج لزوجته فى مسكن الطاعة ومنعه عنها الطعام ليضيق عليها ويكرهها على اسقاط نفقتها يجعله غير أمين عليها ويمنع من تنفيذ حكم الطاعة عليها .

المدعى بعد أن نفذ حكم الطاعة على زوجته ، أغلق عليها الأبواب والمنافذ ووضع عليها سلاسل من حديد ، ومنع عنها الطعام مدة غير عادية ، وقد شهد الشهود انه فعل ذلك ليضيق عليها ويكرهها على اسقاط النفقة المفروضة عليه ، كما ثبت من تقرير الفحص خلو المعدة وامتلاء المصران وحصول امساك مزمن وهذا يؤيد دعوى المدعية لأن خلو المعدة يدل بالضرورة على عدم تناول الطعام مدة غير عادية وقد شهد الشهود بأن المدعى عليه هو الذى حال دون وصول الطعام اليها ــ وبما أن معاملة المدعى عليه لزوجته المدعية هذه المعاملة القاسية قد نهى عنها الشارع الحكيم لأنها ليست شيئا من المعاشرة بالمعروف التى أمر الله بها فى قوله تعالى وعاشروهن بالمعروف وما دامت تلك حال المدعى عليه فهو غير أمين على زوجته ومن قواعد الدين لا ضرر ولا ضرار ويجب منع الضرر عنها شرعا بمنعه من تنفيذ حكم الطاعة عليها ما دام هذا شأنه .

٢٩/٤٥ تلا (١٣/٤/٢٠) ت س م ش ٩١٢/١

□■□

(المبدا ٢٣) : عدم ملكية الزوج للمنقولات المشتمل عليها مسكن الطاعة تمنع من اعتبار زوجته ناشزا عن هذا المسكن .

حيث انه تبين من الاطلاع على أوراق القضية ان المنقولات التى حجز عليها المحضر داخل مسكن الطاعة ليست ملكا للمحكوم له بالطاعة ، وقرر والده بحضوره انه عند حضور المحكوم عليها سيحضر الفرش اللازم ،وقد حكم لصاحبة المنزل بثبوت ملكيتها لما حجز عليه ـ كما تبين عدم وجود مسكن له بالمنزل المذكور بحكم الطاعة بعد البحث والسؤال من السكان والجيران ـ ومن حيث ان المستأنفة فى هذه الحالة لا تكون ناشزا شرعا ولا وجه للحكم بمنعها من المفروض لها .

٢٣٣٥/٣٠ س ك مصر (٣١/١٠/٢٨) م ش ٣/٥٤٠

□■□

(المبدا ٢٤) : تغيير المسكن أثناء السير فى دعوى الطاعة مانع من سماعها اذا لم تعلن المدعى عليها .

الدعوى التى فصلت فيها محكمة اول درجة أصبحت بعد تغيير مسكن الطاعة غير الدعوى الأولى وهى لم تعلن الى المدعى عليها بالطريق القانونى فتكون الدعوى غير مسموعة وتكون الاجراءات التى اتبعت فى الحكم المستأنف اجراءات غير صحيحة فيتعين الغاؤه وعدم سماع الدعوى .

٢٤٩٢/٣٠ س ك مصر (٣١/١٢/١٦) م ش ٣/٨٥٠

□■□

(المبدا ٢٥) : محضر وقف التنفيذ حجة على المدعى فى عدم وجود مسكن له كما دون به .

بما انه تبين من صورة محضر وقف التنفيذ المقدم من المستانفة ان المحضر طلب من نائب العمدة ارشاده لمنزل المستانف عليه وبين له حدوده الواردة بحكم الطاعة فاجاب نائب العمدة بأن ليس له مسكن ولا اقامة الآن بالمنزل الموضح ، ولذلك اوقف المحضر التنفيذ ـ وتبين من الاطلاع على صورة محضر عدم وجود مسكن بأن لا سكن ولا اقامة للمستأنف عليه فى المسكن المذكور فيكون الحكم المستانف فى غير محله ويتعين الغاؤه .

٣٦٢/٣١ س ك مصر (٢٢/١/٢٠) ش س ٣/٨٥٥

□■□

(المبدأ ٢٦) : يحكم بمنع التعرض بتنفيذ حكم الطاعة اذا دلت محاضر الحجز على شغل المسكن بالكبار من اولاد الزوج .

حيث انه ثابت من محاضر الحجز المقدمة من الزوجة ، أن مسكن الطاعة المحجوز عليه مشغول بسكن أولاد الزوج ، ولم يطعن الزوج فى هذه المستندات بمطعن شرعى ، وعلى ذلك يكون المسكن أصبح غير شرعى ، فلا نشوز منها ، حتى تمنع من نفقتها ولها الحق والحال ما ذكر فى طلب وقف تنفيذ الحكم بالطاعة ويتعين رفض دعواه عليها اسقاط النفقة لارتفاع الموجب لذلك .

٧٢/٦٤٤ ك مصر (٢٨/١١/١)   م ش ١/١٤/٤١٤

□■□

(المبدأ ٢٧) : ما يذكر بمحاضر الحجز على مسكن الطاعة من منقولات حجة فى دفع دعوى الطاعة .

ما يذكر بمحاضر الحجز على مسكن الطاعة من منقولات حجة فى دفع دعوى الطاعة متى دلت على عدم وجود ما يكفى من الأدوات الشرعية بالمسكن .

٢٧/٦٣٣ ك مصر (٢٨/١١/١)   م ش ١/١٤/٤١٤

□■□

(المبدأ ٢٨) : لا تجبر الزوجة على الطاعة فى مسكن فيه والد المدعى ووالدته .

حيث أن المسكن اذا كان فيه والد المدعى وأمه فلا تجبر الزوجة على الطاعة فيه شرعا .

٣٢/٥٥٨ بورسعيد (٣٣/٣/٨) ت س   م ش ٤/٤٧٥

□■□

(المبدأ ٢٩) : الحجز على منقولات المسكن وتعيين حارس عليها مانع من استعمالها فلا يصح الحكم بالطاعة فيه .

حيث انه تبين من الاطلاع على المحضر ، بأن المنزل المحكوم بالطاعة فيه بعض أدوات قلم النزاع بين الخصمين فى كفايتها لشرعية المسكن فقال وكيله أنها كافية ، وقال وكيلها أنها غير كافية ، وعلى فرض أنها كافية فقد منعت المعارضة من استعمالها بمقتضى تعيين حارس عليها ــ ومن حيث ان

هذه الأدوات ليست كافية ، وبفرض كفايتها فان تعيين حارس قضائي عليها يمنع من استعمالها لأن وظيفة الحارس القضائي الا يمكن احدا من استعمال ما هو حارس عليه ـ ومن حيث ان المسكن والحال هذه يكون في حكم الخالي من الأدوات فليس مسكنا شرعيا سواء كانت الأدوات كافية ام غير كافية .

٣٢/٣٤٩ بلبيس (٢٣/٥/١٥) ت س   م ش ٥/١٦٨

□■□

(المبدأ ٣٠) : خلو مسكن الطاعة من الأدوات مانع من شرعيته .

حيث أن الزوجة لا تجب عليها طاعة زوجها الا عند عدم المانع من ذلك شرعا وخلو المسكن من الأدوات المناسبة مانع من شرعيته ووجوب الطاعة فيه .

٣٢/٤٧٨ فاقوس (٢٣/١٠/١)   م ش ٥/٣٧١

□■□

(المبدأ ٣١) : الموظف مضطر بحكم وظيفته الى تغيير المسكن فاذا ما حكم له بالطاعة في منزل لا يمنعه ذلك عند انتقاله بحكم وظيفته الى بلد آخر من طلب الحكم بالطاعة في منزل هياه فيه ـ لا يمنع من شرعية المسكن كونه بين جارين يغيبان اكثر النهار خارج منزلهما ـ استحضار والدة الزوج مفتاح مسكن الطاعة للمنفذ لا ينهض دليلا على سكناها فيه .

الزوج اذا كان موظفا فهو مضطر بحكم وظيفته الى تغيير مسكنه كلما نقل من جهة الى أخرى ، ولا مانع من حصوله على حكم آخر بالطاعة في مسكنه الأخير ، ولا ضرر على الزوجة في ذلك ، حيث لا ينفذ عليها سوى الحكم الأخير ، واذا ما قدم الأول للتنفيذ لحاجة في نفسه فلها ان تستشكل في تنفيذه والقضاء كفيل بتقدير هذه الحالة ، وكذلك ما ذكره من ان المسكن ليس له سوى جارين فانه لا يصلح دفعا ، لأن وجود جارين للمسكن كاف في شرعيته لتوفر نصاب الشهادة ولا يعول على ما ذكره من ان الجارين يغيبان عن مسكنهما احيانا حيث لم يقل احد بوجوب ملازمة الجار لمسكنه اثناء الليل واطراف النهار ، وكل انسان تضطره ظروف حياته ونظام عمله الى ترك بيته كثيرا من الأوقات ـ اما كون والدة المعارض ضده احضرت للمنفذ مغلاق المسكن لا ينهض دليلا على سكناها فيه .

٢٢/٣٦٢ اسيوط (٣٢/٥/٢) ت س   م ش ٥/٥٨٩

□■□

(المبدأ ٣٢) : الدفع بمشغولية المسكن بعد ان ثبتت شرعيته بحكم الطاعة والبينة وبعد ان تهيأت القضية الفصل دفع حيلى لا يقصد به الى غرض مشروع فلا يقبل .

حيث ان المدعى عليها دفعت بمشغولية المسكن ــ وان المدعى عليه وان كان له الحق فى ابداء دفعه فى اى حال كانت عليها الدعوى ، الا أن الدفع كالدعوى ، اذا ظهر للمحكمة أنه دفع حيلى لا يقصد به الى غرض مشروع وجب عليها رفضه ــ وقد ظهر انه دفع غير حقيقى جاء بعد أن ثبتت شرعية المسكن وبقاؤها للأن بحكم الطاعة وبالبينة المعتبرة فتأخيره الى ان تهيأت القضية للفصل ، وفى جلسة الملاحظات على الاثبات قرينة قوية على إنه لا يقصد به سوى المماطلة فى التقاضى والاضرار بالمدعى وهو قصد غير مشروع فلا تمان عليه .

٥٠/٢٢ شبراخيت (٢٣/١/٣) م ش ٥/٩١٧

□■□

(المبدأ ٣٣) : سبق الحكم على الزوجة فى مسكن لم تزل تهيئته مانع اجابة طلبها اجرة مسكن .

حيث ان المدعى اثبت تهيئة المسكن وبقاء شرعيته ــ وقد تبين من الاطلاع على صورة الحكم المذكور أن المسكن ثبتت شرعيته ــ واذن لا حق للمدعيه فى طلب أجرة المسكن .

١٠١٦/٣٢ بنى مزار (٣٣/١٠/١٧) ت س م ش ٥/٩٣٨

□■□

(المبدأ ٣٤) : لا يكون محضر الحجز حجة فى خلو المسكن من الأدوات الا لم ينص فيه على أن المحجوز عليه من الأدوات هو كل ادوات المسكن .

حيث أن محضر الحجز يدل على أن شيئا من الأدوات حجز عليه ولم يتبين منه أن الشىء المبيع هو كل أدوات المسكن ولا على انه بقى منه شىء منها من عدمه ، الا من الجائز أن تكون بالمسكن أدوات لم يشملها الحجز ، وأنها تكون لائقة بحال الطرفين فلم يكن هذا المحضر حجة فى خلو المسكن من جميع الأدوات .

٤٤/٣٢ شبراخيت (٢٣/١/٣) ت س م ص ١٥٤/٦

□■□

(المبدأ ٣٥) : رضاء الطرفين بالمعاينة قبولٌ منهما لنتيجتها ونزولٌ منهما على حكمها فاذا دلت على ان بالمسكن ادوات فالحجز المتوقع بفقدها من الزوجة على تلك الأدوات لا يدفع عنها دعوى النشوز بل تكون معه ناشزا لا تستحق النفقة على الزوج لأنه قصد به الى غرض غير مشروع فلا تعان عليه .

ان محضر الحجز عملٌ بعد ان اثبت المدعى دعواه بالطريق الشرعى وبعد أن اتفقا على اجراء المعاينة ، وبعد انوردت اوراق المعاينة فعلا الى المحكمة واجلت القضية بطلب وكيلها للاطلاع عليها ، وابداء ملاحظاته فيكون هذا الحجز قد قصد به الكيد للمدعى ، والاضرار به ، والحيلولة بينه وبين الوصول الى حقه المخول له قانونا ، وعرعا واطاله أمد التقاضى بلا مبرر ، والعبث بحكم الطاعة النهائى حتى لا يتمكن المدعى من تنفيذه مع استمرارها فى الحصول على النفقة منه وهى خارجة عن طاعته وهذا قصد غير مشروع فيرد عليها ، والا ادى الى العبث بالأحكام وحقوق العباد ، ووجب أن تصان من العبث ، وحينئذ ينبغى عدم التعويل على هذا المحضر والتعويل على محضر المعاينة التى ارتضاها الطرفان كما تقدم وعلى البينة الشرعية .

٣٢/٤٤ شبراخيت (٢٣/١/٣) ت س م ش ١٥٤/٦

□■□

(المبدأ ٣٦) : ادوات مسكن الطاعة تقدر بحسب حالة الزوج يسارا واعسارا كالطعام والكسوة لأن السكنى من النفقة ومسكن الغنى ليس كمسكن الفقير او مبسوط الحال .

ان الفقهاء لم يجعلوا الأدوات جزءا من مفهوم المسكن ، ولا شرطا لصحته ، ولم يصرحوا باكثر من ان يكون المسكن على قدرهما ، كما فى الطعام والكسوة ، كما يعلم ذلك من تصريحاتهم فى تعريف المسكن الشرعى فقد جاء فى تنقيح الحامدية ص ٧٠ جزء ١ نقلا عن البحر — واعلم أن المسكن ايضا لابد أن يكون بقدر حالهما كما فى الطعام والكسوة ، فليس مسكن الغنى كمسكن الفقراء ، فقولهم يعتبر فى النفقة حالهما يشمل الثلاثة كما فى الخلاصة ، ان النفقة اذا اطلقت تنصرف الى الطعام والكسوة والسكنى أ. هـ. ملخصا — ونحوه فى النهر ومثل ذلك فى التنوير وشرحه ص ٦٨ جزء ٢ — وفى الخيرية جوابا على سؤال ما هو المسكن الشرعى. الواجب عليه شرعا على الصحيح بيت له مرافق وغلق على حدة ، فلا بد له من بيت خلاء ومطبخ ، ويشترط الا يكون فى الدار احد من احمائها يؤذيها ، كما صرح فى الخانية ويكون بين جيران صالحين ، ويشترط أن يكون مامونا عليها فيه »

فيرى من هذا ان المقصود هو المسكن بمرافقه لا بأدواته وانهم جعلوا الادوات من مشتملات النفقة فتقدر بقدر حالهما ولأن النفقة تقدر بقدر حال الزوج الآن فيجب ان تقدر الأدوات كذلك بقدر حاله هو .

٣٢/٤٤ شبراخيت (٤٣/١/٣) ت س م ش ٥٤/٦

□■□

(المبدأ ٣٧) : اذا ثبتت تهيئة المسكن فى قضية الطاعة وحكم بالطاعة ولو ابتدائيا فلا تستحق الزوجة اجر مسكن .

حيث ان المدعيه قد طلبت اجرة مسكن ، ولكنها لا تستحقها لأنه ثبت تهيئة المسكن فى دعوى الطاعة المرفوعة من المدعى عليه على المدعية المنتهية بالطاعة وهذا من قبيل القضاء بالمشاهدة لا القضاء بالعلم الذى هو الاخبار بالحادث من غير أن يثبت بطريق من طرق الاثبات الشرعية .

٣٣/٢٧٤٨ الجمالية (٣٣/١٠/١) ت س س ٤٢٢/٦

□■□

(المبدأ ٣٨) : ما ثبت بمحضر الحجز من بيع ادوات مسكن الطاعة لا يخرجه عن شرعيته اذا كانت المشترية قد صرحت للزوجين باستعمال الأدوات ــ كما لا يصلح محضر الحجز حجة على شغل المسكن بسكن الغير .

ان مجرد بيع الأشياء المحجوزة بمسكن الطاعة لا يخرج المسكن عن شرعيته لاسيما بعد أن صرحت المشترية للمستأنف وزوجته باستعمال الأدوات المذكورة كما تضمنته الورقة العرفية فى القضية الجزئية . كما ان محضر الحجز المذكور ليس حجة فى مشغولية المسكن بسكن الغير لأنه ليس من مأمورية المحضر الرسمية فقوله فى ذلك لا حجة فيه ولا يعول عليه .

٣٣/٢٩٨ ك س الزقازيق (٣٤/٥/٢٠) م ص ٧١٨/٦

□■□

(المبدأ ٣٩) : خلو مسكن الطاعة من الأدوات بتقرير المحضر الذى قام للحجز عليها واعتراف الزوج بانه هربها منه خشية الحجز عليها يقتضى وقف تنفيذ حكم الطاعة حتى تعود للمسكن شرعيته .

حيث انه بخلو المسكن من الأدوات صار غير شرعى لتعيبه بذلك ، ولا قيمة لما قاله المستشكل ضده من أنه انما جرد المسكن من الأدوات وقت التنفيذ هروبا من بيعها عليه فى متجمدها المنفذ به ، اذ ليس مما يتوجه على

الوجه المنى عليه الاشكال بل انه دليل على انه بدد هذه الأدوات . ومن حيث ان للمستشكلة الحق فى التنفيذ على ما بمحدود الطاعة لتستوفى ما بذمته من نفقتها ولا وجه لاعتبار اختيارها التنفيذ عليه دون اى مال آخر عملا يراد به محض تعيب المسكن مادام ان الواجب اولا حمل ذلك على انها لا تعلم مالا ظاهرا للمستشكل ضده وراء هذه الأدوات فكانت كالملجاة بهذا الاختيار وقد تايد ذلك بظهور أن المحصولات التى توقع الحجز عليها قضائيا أمام الجهة المختصة ــ ومن حيث انه بذلك يكون المسكن غير شرعى ولا يلزمها المقام به مادام قد نفذت منه الأدوات ــ ويتعين وقف تنفيذ حكم الطاعة حتى تعود لحدوده شرعيته السابقة خصوصا أن تعيبه بما ذكر قد كان بعد الحكم فهو عيب حادث .

٣١/٤٦٣ كوم حمادة (٣٢/٦/٣٠)　　　　م ش ٧٤٩/٦

□■□

(المبدأ ٤٠) : اختيار الزوج مسكنا غير الذى تعاشره فيه الزوجة غير لائق بحالها دليل على المضارة بالزوجة يتعين معه رفض دعوى الطاعة .

حيث ان وكيله لم يبرر ترك المسكن الأول الذى كانت المستانفة تعاشر فيه (المستانف عليه) على وجه تقتنع معه المحكمة بصحته وهذا مع عدم التناسب بين المسكنين مما يثبت أن قصد المستانف عليه بطلب الطاعة فى هذا المسكن هو المضارة بالمستانفة فيتعين حينئذ رد هذا القصد عليه لأنه غير مشروع .

٣٣/٢٩٠٦ س ك مصر (٣٥/٢/١٤)　　　　م ش ١٨٥/٧

□■□

(المبدأ ٤١) : عدم وجود ادوات مسكن الطاعة فيه فى اليوم المحدد لبيعها نظير متجمد نفقة الزوجة مزيل لشرعية المسكن فلا تسمع معه دعوى اسقاط الفروض للنشوز من تاريخه .

حيث تبين من الاطلاع على المحضر ان المحضر لم يجد الأدوات المحجوز عليها فى مسكن الطاعة وان المستانف عليه بصفته حارسا اعتبر مبددا لها ــ ومن حيث انه والحال هذه يكون مسكن الطاعة قد زالت شرعيته ولا تجبر المستانفة على دخوله والا يعد امتناعها عن دخوله نشوزا مسقطا لنفقتها .

٣٤/٧٦٩ س ك مصر (٣٥/٢/٢٠)　　　　م ش ١٨٥/٧

□■□

(المبدا ٤٢) : لا يمنع وجود سكان غير متزوجين بالمنزل الكائن به مسكن الطاعة من شرعيته .

حيث ان المنزل مكون من ثلاث طبقات باعتراف المعارضة ومسكن الطاعة وهو الدور الأرضى منه له باب خاص به داخل الباب العمومى فسكنى غير المتزوجين بالدورين الثانى والثالث من المنزل لا يجعل الأول منه غير شرعى مادام له باب خاص به واشتراك السكان فى المدخل العمومى للمنزل لا يخل بشرعية مسكن الطاعة والا لزم عليه أن تكون جميع العمارات المكونة من جملة طبقات بالمدن الكبيرة مساكنها غير مرعية ، وهذا لا يقره عقل ولا شرع ولا قانون .

٢٣/٨١٨ الواسطى (٣٥/٢/٢١) م ش ٢٠٨/٧

□■□

(المبدا ٤٣) : حجز الزوجة على ادوات مسكن الطاعة نظير النفقة لا يمنع من شرعيته ما دامت هى صاحبة الحق فيه ولا تمنع من استعمالها.

حيث ان المسكن خال من الأدوات لأن المعارضة حجزت على ما به منها تنفيذا لحكم نفقة بنتها فهذا على فرض حصوله لا يمنع من شرعية المسكن ما دامت صاحبة الحق فى الحجز ــ ولم تمنع من استعمال الأدوات ــ والظاهر أن الفرض من هذا الحجز هو الوصول الى ابطال شرعية المسكن فيرد عليها قصدها .

٣٣/٨١٨ الواسطى (٣٥/٢/٢١) ت س م ش ٢٠٨/٧

□■□

(المبدا ٤٤) : اخ الزوج لا يعتبر اجنبيا واقامته حارسا على ادوات مسكن الطاعة لا يجعل المسكن غير شرعى .

ثبت من محضر الحجز أن الحارس اخ فهو ليس أجنبيا عنه ولا ينتظر ان يمنعه من الانتفاع بالأدوات اما ادعاء الغير ملكيته الأشياء المحجوز عليها فانه غير مانع من الانتفاع بها اذ لا يشترط أن تكون ملكا للزوج ويكفى ان يكون قادرا على استعمالها .

٣٤/١٧٢٤ س ك مصر (٣٥/٥/٣٠) م ش ١٩٥/٧

□■□

(المبدا ٤٥) : ترك الزوج حقه فى انتقال الزوجة الى مسكن الطاعة لا يؤثر فى سقوط حقها فى النفقة لأن النفقة حقها والانتقال حقه .

منع تنفيذ حكم الطاعة حتى يصير نهائيا فى طريق القانون فاذا صار نهائيا ولم ينفذه فقد ترك حقه فى انتقال الزوجة الى مسكن الطاعة ــ وترك حقه لا يؤثر على سقوط حقها فى النفقة كما نص على ذلك فى الجزء الأول من جامع الفصولين ص ١٩٠ .

١٠/٤١٠ ٢٧ س ك بنى سويف (٣٨/١٢/٢٣) م ش ٨٢٧/١٠

(المبدا ١) : المعارضـــة تعيد الدعـوى الى ما كانت عليه قبل الحكم فيها .

من القواعد القانونية المقررة أن المعارضة تعيد نظـر القضيـة الى ما كانت عليه . ومعنى هذه القاعدة ظاهر فى أن القاضى له أن ينظر فى كل دفع يتقدم به صاحبه سواء أكان طارئا أم ســابقا . واذا اضيف الى هــذا أن القانون رقم ٧٨ ســنة ١٩٣١ نص فى المادة ٣١٧ على أن الاستئناف يعيــد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستانف على أساس الدفوع والأدلة المقدمة الى محكمة اول درجة ، وعلى اى دفع او دليل آخر يقدم فى الاستئناف ، ولا معنى لقصر الدفوع فى هــذه المادة على الدفــوع السـابقة على الحكم ، لأن روح الشارع تأباه فقد لجأ الشـارع الى سن هذا القانون تخفيفا على الناس واجتنابا لاضــاعة مالهم ووقتهم برفع قضــايا جديدة بدون طائل فأراد ان يمنح القاضى حق تصفية الخصومات بين الناس دون ان يضطرهم الى رفع قضايا جديدة ، اذا تقرر هذا نقول انه لا معنى ايضا لأن يملك قضاة الاستئناف هذا الحق ولا يملكه القاضى الجزئى الذى نظر فى الخصومة بادىء ذى بدء لأنه ضرب من العبث .

٣٣٢/٣٤٩ بلبيس (١٥/٥/٢٣) ت س م ش ١٦٨/٥

□■□

(المبدا ٢) :هل المعارضة والاستئناف يعيدان القضية الى ما كانت عليه قبل الحكم ويجعلان الاجراءات التى اتخذتها محكمة أول درجة والحكم كان لم تكن .

هذا قول لا يؤيده دليل بالنسبة للمعارضة ، لأن النص الوارد بهــذا الصدد خاص بالاستئناف فقط دون المعارضة ــ والحكمة فى ذلك بينتهــا المذكرة التفســيرية للقانون ١٩٣١/٧٨ على الكلام على المادة رقم ٣١٧ وهى غير متحققة فى المعارضة لأن محكمة المعارضة هى محكمة الحكم الابتــدائى ومحكمة الاستئناف غير محكمة اول درجة فاذا وقع القاضى فى خطأ اجرائى عند الحكم الابتدائى او فاته أن يحكم حسب النصوص الشرعية فلا يفوت محكمة ثانى درجة ان تتلافاه بخلاف محكمة المعارضة اذ قاضى المعارضة هو قاضى الحكم الابتدائى وربما فاته عنــد نظر المعارضة ما فاته عنــد الحكم الابتدائى فرأى المشرع أن يكون ذلك خاصــة بالاستئناف ولا كذلك المعارضة

فيقتصر على مورد النص ولا وجه لقياس المعارضة عليه (مادة ٣١٧ من اللائحة) .

٣١/١٢٠ شبراخيت (٢٢/٥/٣١ ؟ ؛ م ش ٤/٤٥٨

□■□

(المبدأ ٣) : المعارضة كالاستئناف تعيد نظر القضية من جديد .

المعارضة كالاستئناف تعيد نظر القضية من جديد الى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم على أساس الدفوع والأدلة المقدمة والتى تقدم فى المرافعة فيها ولو كانت طارئة بعد الحكم وذلك استنادا للقياس على المادة ٣١٧ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

٣٠/٢١٧٣ السيدة (٣٠/٢/١٨) ت س م ش ٣/٩١١

□■□

(المبدأ ٤) : النزاع ـ هل السبب الطارىء على الحكم يؤثر فيه معارضته قياسا على الاستئناف أم لا ؟

كان القضاة قبل التعديل الاخير للائحة ـ على أن الأسباب الطارئة على الحكم لا تؤثر فيه لا معارضة ولا استئنافا . وذلك لأنه مقبول نظريا ولم يرد نص نظامى فى باب المعارضة والاستئناف يخالفه حتى جاء التعديل الأخير الصادر به المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ونص فى المادة ٣١٧ من باب الاستئناف على أن استئناف الحكم يعيد نظر القضية من جديد الى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم على أساس الدفوع والأدلة التى قدمت أو تقدم للهيئة ولو كانت طارئة على الحكم ، وقد آثر المشرع فى ذلك جانب العمليات على النظريات ، لأننا بصدد فض خصومات بين الناس لا أمام نظريات علمية . واذن لا معنى لحكم لا يزال منظورا بين يدى القاضى فى الاستئناف وقد طرأ عليه ما يؤثر فيه بالتعديل أو البطلان اذ لا معنى لهذا الا بمضارة أصحاب الحقوق بتطويل أمد التقاضى عليهم وتعطيلهم عن أعمالهم وأعناتهم بزيادة المصاريف . ومن جهة ثانية اكثارا للعمل على كاهل القضاة بما لا فائدة فيه ، وكل لا يسيغه شرع ولا نظام ، ومن ثم وضعت المادة المشار اليها فى التعديل الجديد للائحة . وهذا القدر لا خلاف فيه بين الباحثين ، وانما الخلاف بينهم فى المعارضة ، فقال قائل منهم : ورد النص فى الاستئناف ولم يرد فى المعارضة فيقتصر الأمر على مورد النص لأن كلا منهما أمر استثنائى ، ولان القاضى انما يحكم بما بين يديه من نصوص ، ولا يسوغ له القياس . وقالت طائفة لو سلمنا جدلا بأن القاضى لا يقيس ولا

يستنتج فى القواعد الفقية بما يتلاءم مع العدالة ، فاننا لا نسلم بذلك فى الأمور النظامية مثل بحثنا هذا ــ فان ما ورد فى اللائحة من الاجراءات والانظمة انما مرجعه قانون المرافعات الأهلى فاذا عرضنا لأمر يرجع اليه كبحثنا هذا ينبغى أن نبحثه على ضوء ذلك القانون واقوال اهله فيه « القضاة الأهليون » وقد جروا على أن المعارضة كالاستئناف فى ذلك لاتحاد العلة ، كما أن لهم كل يوم فتحا جديدا فى تقعيد القواعد وتأسيس المبادىء الموضوعية والاجرائية التى تتفق والعدالة ، فالقول بأن القاضى يقف جامدا مجافيا للعدالة أمام اجراء كهذا مردود على صاحبه ، ولا يلتفت اليه ، وأنت خبير بأن المشرع حكيم ــ ينظر الى الناس بعين الرحمة فكلما راى فى النظام السابق اعناتا لصاحب الحق بصرفه الى التقاضى من جديد واثقالا على كاهل القاضى فى العمل الغير مجدى فنسخه الى خير منه . ووضع المادة المشار اليها واكتفى بوضعها فى باب الاستئناف عن تكرارها فى باب المعارضة ومادام لا فارق بين المعارضة والاستئناف فى أن كلا منهما فى موضعه دفع للحكم ومتى صح ذلك الدفع بطل ذلك الحكم ، ومادام أن هذا المعنى الذى من أجله وضعت تلك المادة فى الاستئناف متحقق فى المعارضة تحققا لا خفاء فيه فان من فضول القول وضعها مرة أخرى فى باب المعارضة . ولو كان المشرع يريد قصر الأمر على الاستئناف للزم على ذلك العبث فى تشريعه ، يتجلى لك هذا فى الحكم الابتدائى المعارض فيه بالسبب الطارىء عليه ــ فانه يقول لقاضى المعارضة ، هذا الحكم طرأ عليه ما يوجب تعديله او بطلانه فلا يؤثر فيه فارفض الدفع وايد الحكم فاذا انتقل هذا الحكم بذاته الى قاضى الاستئناف قال له ان هذا الحكم طرأ عليه ما يوجب تعديله أو بطلانه وانه يتاثر بذلك فاقبل الدفع وانقض الحكم . وغير خاف انه لا يقول بذلك عاقل فضلا عن مشرع الناس ومن ثم كان هذا الراى الأخير اجدر بالقبول وادخل فى العقول وبه نأخذ وعليه نسير .

٣٠/٢١٧٣ السيدة (٣٠/٢/١٨) ت س م ش ٩١١/٣

□■□

(المبدأ ٥) : المعارضة تعيد القضية الى ما كانت عليه .

المعارضة تعيد القضية الى ما كانت عليه وللمحكمة التى اصدرت الحكم أن تلغيه أو تعدله .

٤٥/١١٦ منفلوط (٣٤٦/٤/٢) م ش ٣٢٨/١٩

□■□

(المبدا ٦) : المدار فى قابلية الحكم للمعارضة على المعانى لا على الألفاظ .

المدار فى قابلية الحكم للمعارضة على المعانى لا على الألفاظ ، فالقرار الذى يصدر (فى غيبة المدعى) باعتبار دعواه كأن لم تكن فى حقه غيابيا وان حضره المدعى عليه فيجوز للمدعى أن يعارض فيه بحكم المادة (٢٩٠) من اللائحة لأنه فى هذه الحالة محكوم عليه .

٤٢/٨٢٨ س ك طنطا (٤٣/١١/١٧) م ص ٢١/٣/١٦

□■□

(المبدا ٧) : عدم اعادة اعلان من لم يحضر ــ اثره ــ اعتبار الحكم غيابيا فى حقه .

الأحكام الصادرة فى مسائل الاحوال الشخصية يجوز الطعن فيها بطريق المعارضة ، وكان المقرر فى قضاء النقض ان عدم اعادة اعلان من لم يحضر من المدعى عليهم لا يترتب عليه بطلان الحكم الصادر فى الدعوى وانما يؤدى الى مجرد اعتبار الحكم غيابيا فى حقه يجوز له المعارضة فيه امام محكمة الموضوع ، وانه اجراء لا يتصل بالنظام العام ، فلا يقبل منه أو من غيره التمسك ببطلان الحكم تبعا لتخلفه لاول مرة امام محكمة النقض .

طعن ٥١/٦ ق (١٩٨٢/٢/١٦) لم ينشر

□■□

(المبدا ٨) : ميعاد المعارضة ثلاثة ايام كاملة غير اليوم الذى تقوم فيه .

نصت المادة ٢٩٣ من اللائحة على أن ميعاد المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية ــ ومعنى أنها كاملة اى لا يحتسب اليوم الذى حصل فيه الاعلان فقط فاذا قدمت بعد ثلاثة ايام كانت غير مقبولة .

٢٣/٤٧ بورسعيد (٣٤/٣/١٩) ت س م ش ٧٧٨/٦

□■□

(المبدا ٩) : ميعاد المعارضة ثلاثة ايام كاملة غير اليوم الذى يحصل فيه الاعلان بصورة الحكم يحتسب منها اليوم الذى تقدم فيه المعارضة والا كان ميعادها خمسة ايام لا ثلاثة اذ القول بغير هذا يصطدم بصريح النص القانونى وبروح المنشور رقم ٢٩ لسنة ١٩٢٦ .

المادة رقم ۲۹۳ من القانون ۷۸ سنة ۱۹۳۱ صريحة فى أن مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية ، والرأى القائل أن الميعاد الكامل فى اصطلاح شراح المرافعات هو الذى يستبعد منه اليوم الذى حصل فيه الاعلان واليوم الذى تقدم فيه المعارضة ـ وعلى هذا الرأى يكون ميعاد المعارضة خمسة أيام لا ثلاثة . وقد يكون من المفهوم الا يدخل يوم الحكم فى عداد ميعاد الاستئناف اذ قد يحصل الاعلان فى آخر النهار ، وقد يصدر الحكم فى وقت يكون قد انتهى فيه الموعد المقرر لقبول الرسوم بالخزائن فاحتساب هذا اليوم وعدم تمكنه من القيام بأى اجراء فيه لسبب خارج عن ارادته وليس من المفهوم أصلاً عدم احتساب اليوم الذى تقدم فيه المعارضة أو الاستئناف حتى اذا ما قدمت فى اليوم الخامس من تاريخ الاعلان أو قدم فى اليوم السابع عشر من يوم الحكم اعتبرا مقدمين فى موعدهما القانونى ، فان ذلك يقتضى ان يكون ميعاد المعارضة أربعة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية وليس معنى هذا أن الثلاثة أيام التالية ليوم اعلان الصورة التنفيذية هى الزمن الذى يستطيع فيه المعارض أن يرفع تظلمه فيه ، ومادامت هذه الأيام الثلاثة ليس ثالثها يوم عطلة رسمية وقدم المحكوم عليه معارضته فيها فلا شك أنه يكون قد تمتع بثلاثة أيام كاملة اذ ليس لكمالها معنى اكثر من أن آخر يوم فيها يكون صالحا لأداء العمل فيه والقيام بالاجراءات الخاصة بتظلمه والقول بغير هذا يصطدم بصريح نص اللائحة ، والمنشور رقم ٢٦/٢٩ يريك روحه وتعليله أن القصد الى عدم احتساب يومى الاعلان فى المعارضة والحكم فى الاستئناف فقط دون غيرهما .

٣٦/٥٨٦ تلا (٣٧/٤/٦) م ش ٢٨٨/٨/٨

□■□

(المبدأ ١٠) : ميعاد المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية .

ميعاد المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة من محاكم أول درجة سواء كانت محاكم جزئية أو محاكم كلية فهو ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية فلا يحتسب من الأيام الثلاثة يوم اعلان الصورة التنفيذية ولا يوم تقديم المعارضة ، فاذا اعلنت الصورة التنفيذية فى اليوم الأول من الشهر صح تقديم المعارضة فى اليوم الخامس من الشهر وكانت مقدمة فى الميعاد القانونى .

٤٢/٩٨٠ ك س مصر (٤٣/٤/٣) م ش ٢٢٣/١٤

□■□

(المبدأ ١١) : المعول عليه فى ابتداء ميعاد المعارضة .

المعول عليه فى ابتداء مدة المعارضة اما الاعلان بالصورة التنفيذية او التنفيذ بالحجز (المادتين ٢٩١ ، ٢٩٢ لائحة) .

٤٣/٧٥٧ أسيوط (٤٥/٥/١٤) م ش ٢٨٧/٩/١٦

□■□

(المبدأ ١٢) : بدء ميعاد المعارضة فى الحكم الاستئنافى الغيابى .

يبتدىء ميعاد المعارضة فى الحكم الغيابى الاستئنافى من تاريخ اعلانه للمحكوم عليه بصورته البسيطة ولو فى مواجهة النيابة ما دام لم يثبت علم المحكوم له بمحل اقامة المحكوم عليه .

٣٠/٢٨٤ س ك مصر (٣١/٥/٢٥) م ش ٩١٩/٢

□■□

(المبدأ ١٣) : اعتبار المعارضة كان لم تكن بعد اعلان المحكوم عليه بصورة الحكم التنفيذية يترتب عليه احتساب مدة المعارضة والاستئناف من تاريخ الاعلان فاذا كانت قد مضت رفض الاستئناف .

حيث انه تبين ان الاستئناف قدم بعد الميعاد القانونى لأنها اعلنت بالصورة التنفيذية للحكم المستانف اعلانا صحيحا فى ٣١/١٢/٢٣ واعتبرت معارضتها كان لم تكن فى ١٩٣٢/١/١٨ فسقط الحق الذى اكتسبته برفع المعارضة فيكون قد مضى اكثر من ثمانى عشرة يوما ما بين الاعلان بالصورة التنفيذية وتقديم الاستئناف .

٣١/٧٦٢ س ك مصر (٣٢/٣/٣) م ش ٣١٣/٤

□■□

(المبدأ ١٤) : تحديد ميعاد المعارضة فى الأحكام الغيابية التى حصل التنفيذ بها بدون ان يسبق تنفيذها اعلان المحكوم عليه بالصورة التنفيذية .

جرى بعض المحاكم انه لا عبرة بهذا التنفيذ ، ولا بالعلم الحاصل به ما دام ان المادة ٢٩٢ من القانون جعلت العلم المعول عليه هو ما كان بواسطة اعلان صورة الحكم التنفيذية قبل التنفيذ بالفعل ، وزيد على ذلك أن للمحكوم عليه ان يعارض فى اى وقت شاء بعد التنفيذ عليه ، وعلمه به ، حتى يعلن بصورة الحكم التنفيذية ، وبعدها بثلاثة ايام كاملة طبقا للمادة ٢٩٣ من القانون . وبعض المحاكم جرى على ان العلم بالتنفيذ المنصوص

عليه بالمادة ٢٩٢ هو احدى طرق العلم وتوجد طرق أخرى للعلم به هى من الدلالة عليه أقوى مما نص عليه فى المادة المذكورة وان المشرع لم يرد حصر العلم بالتنفيذ فيما نص عليه بتلك المادة . فاذا نفذ الحكم على المحكوم عليه بالحجز على مرتبه أو معـاشه فعلا وعلم بذلك باخطار المصلحة التابع لهـا اعتبر علمه بذلك مبدأ ميعاد المعارضة ، فاذا لم يعارض فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٢٩٢ سقط حقه فيها ، وقد تجاوزت بعض الأحكام الى اعتبار اعلان دعوى الحبس مفيداً للعلم بالتنفيذ قد تبتدىء به مدة المعـارضة لأن دعوى الحبس احـدى طرق التنفيـذ ، وترى هـذه المحكمة ان فى هـذه التوجيهات كثيرا من البعـد عن الحقيقة . ويظهر أن سبب تضارب هـذه الآراء هو عدم تحديد معنى الطرق المقررة لاعلان الصورة التنفيذية الواردة بالمادة ٢٩٢ من اللائحة وظن انه لا يكون الا باعلانها قبل التنفيذ بواسطة قلم المحضرين ـ وانه لا توجد طريقة للاعلان سواها . فاضطر اصحـاب الرأى الأول الى التمسك بضرورة سـبق اعلان الصورة التنفيذية على التنفيـذ بالعمل اخذا بظاهر القانون والمنشورات (منشور وزارة العدل فى ٥ يونيـة سنة ١٩٢٢) ففيها أن الأحكام الشرعية الغيابية المذيلة بالصيغة التنفيذية التى تقتضى الحال اعلانها قبل التنفيذ طبقا للمادتين ٢٩١ ، ٢٩٢ من لائحة المحاكم الشرعية يكون اعلانها بمعرفة قلم المحضرين فى كل الأحوال ـ كما أن لهذا السـبب ذاته ذهب أصحاب الرأى الثانى الى الاضطرار الى التأويل فى النص ما دام أنه لم يظهر لهم طريق لاعلان الصورة التنفيذية سوى ذلك . ولـكن الواقع غير ذلك فان اعلان الصورة التنفيـذية ليس طريقـه ما جاء بتعليمات التنفيذ فحسب بل له طريق آخر مقرر ، وهو ما نص عليه بالمادة ١٩ من لائحة تنفيذ الأحكام الشرعية الصادر فى سنة ١٩٠٧ فقـد نص فيها على انه فى حالة التنفيذ على مرتب أو معاش المستخدم يجب على الدائن أن يقدم للمصلحة التـابع لها المستخدم طلبا على الاستمارة الخـاصة بذلك ، ومرفق بالطلب نسخة من الحكم المقتضى التنفيذ بموجبه ، وصورة منه اذا لم يسبق اعلانه ، ويعلن الحكم للمستخـدم بافادة من المصلحة . وبمـا أنه من المقرر أنه لا يجوز تنفيذ حكم الا بعـد اعلانه للمحكوم عليه وقـد اجازت لائحة التنفيذ اتخاذ اجراءات التنفيذ وان لم يكن سبق اعلان الصورة التنفيذية للمحكوم عليه ، وفى الوقت نفسه اشترطت ان يرفق باوراق التنفيذ صورة من الحكم لاعلانها للمحكوم عليه فتكون هذه الطريقة من الطرق المقررة لاعلان الصورة التنفيذية للمحكوم عليه ومنطبقة على المادة ٢٩٢ المذكورة وبما أنه لا طريق للعلم بالتنفيذ الذى يترتب عليه مبدأ ميعاد المعارضة سوى ما نص عليـه بالمادة ٢٩٢ على الوجه السابق ما جاء بالمذكرة التفسيرية للقانون ٣١ سنة ١٩١٠ فى باب سبب وضع المادتين ٢٩١ ، ٢٩٢ (وهما المادتين ٢٩١ ، ٢٩٢ ق ٧٨ سنة ١٩٣١) ، أنه روعى قبول المعارضة الى وقت العلم بالتنفيذ وهو وقت

اعلان الحكم اعلانا تنفيذيا وبعد ذلك الوقت بثلاثة أيام وان المادة ٢٩٢ قصد بها بيان الوقت الذى يعلم المحكوم عليه فيه بالتنفيذ الذى نص عليه فى المادة التى قبلها فاحتيج الى بيانه اذ ليس ثمة علم حقيقى وعلم اعتبارى بالتنفيذ، واراد المشرع أن يقيمه مقامه ــ على انه لو جاز هذا التأويل فى المادة ٢٩٢ فانه مقطوع بنفيه بنص المادة ٢٩٣ وهى صريحة فى ان مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية ، وهى المادة التى يجب التعويل عليها فى تحديد مدة المعارضة والقول بأنه على فرض عدم اعلان الصورة التنفيذية حالة التنفيذ طبقا للمادة ١٩ من لائحة التنفيذ المذكورة ، فان حصول العلم به كاف ، ويقوم مقام العلم بالاعلان غير سديد لمخالفة ذلك للمبادىء التشريعية من أن التأويل فى النصوص انما يقصد به التوسع فى التطبيق لحماية الحقوق لا لاهدارها ولأن ما استفيد بنص صريح لا يعارض بمجرد التأويل أو القياس ، وبما انه بعد ان ثبت أن من طرق اعلان الصورة التنفيذية ما نص عليه فى المادة ١٩ من لائحة التنفيذ طبقا للمادة ٢٩٢ فيكون التمسك بأنه لابد لبدء ميعاد المعارضة من سبق اعلان صورة الحكم التنفيذية وأنه لا عبرة بالتنفيذ بالفعل وأن التنفيذ بالفعل اقوى فى الدلالة على العلم بالتنفيذ مما نص عليه فى المادة ٢٩٣ لا مبدأ له ، وانه متى نفذ الحكم تنفيذا قانونيا كان اعلان المحكوم عليه بالصورة المرافقة لأوراق التنفيذ اعلانا صحيحا يتحدد به ميعاد المعارضة وان لم يستوف الاجراءات التى نص عليها فى المادة ١٩ المذكورة بأن لم يرفق بأوراق التنفيذ صورة من الحكم لاعلانها أو أرفقت به ولكن المصلحة التابع لها المستخدم اهملت اعلانه بها مكتفية بمجرد اخطاره او قبضة باقى المرتب .

٣٨/١٣٩٢ ك س مصر (٣٩/٦/١٩)　　　م ش ٦٩/١

□■□

(المبدأ ١٥) : العلم أثناء التنفيذ لا يعتبر علما قانونيا بالأحكام .

العلم المستفاد أثناء تحقيق شكوى أو أثناء التنفيذ بالأحكام المشمولة بالنفاذ لا يعتبر علما قانونيا ــ ولا يبتدىء منه ميعاد المعارضة طبقا للقانون.

٤٩/١١٣١ ك س مصر (٤٩/٩/٨)　　　م ش ٨٣/٢١

□■□

(المبدأ ١٦) : ليس العلم بالتنفيذ محصورا فى الاعلان بصورة الحكم التنفيذية .

ليس العلم بالتنفيذ محصورا فى الاعلان بصورة الحكم التنفيذية وانما

قد يحصل العلم به من أى طريق يفيد حصوله ، ومنه بالأولى وقوع التنفيذ فعلا ومنه يبتدىء ميعاد المعارضة .

١١٩٦/٣٠ ك س مصر (٣١/٥/٥) م ش ٩٢٠/٢

□■□

(المبدأ ١٧) : لا بد من اعلان صورة الحكم التنفيذية للعام ، وتبدأ مدة المعارضة من ذلك اليوم لا من اليوم الذى علم فيه المحكوم عليه بالحكم من غير هذا الطريق .

ان منطوق المادة رقم ٢٩١ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ أن المعارضة فى الأحكام الغيابية تقبل الى الوقت الذى يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الغيابى، فهى صريحة الدلالة على أن العلم الذى تبتدىء منه مدة المعارضة انما هو العلم بتنفيذ الحكم لا مجرد العلم به كما نصت المادة رقم ٢٩٢ على أن العلم بتنفيذ الحكم الغيابى يحصل بمجرد اعلان صورة الحكم التنفيذية الى المحكوم عليه بالطرق المقررة للاعلان ، فالقول بأن مجرد العلم بالحكم الغيابى بأى طريق من طرق العلم يعتبر مبدأ لمدة المعارضة قول لا يرتكن على أساس من القانون .

٧٥٠/٣٤ س ك مصر (٣٥/٦/٢) م ش ٢٠٢/٤/٨

□■□

(المبدأ ١٨) : يعتبر علما بالتنفيذ العلم بحصول التنفيذ بالفعل كما لو اعلن المحكوم عليه بالصورة التنفيذية من الحكم فيبتدىء منه ميعاد المعارضة .

نصت المادة ٢٩١ على قبول المعارضة الى الوقت الذى يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ الحكم ، والمفهوم الأول للتنفيذ هو التنفيذ الفعلى بالحجز وغيره من طرق التنفيذ ، فمتى علم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم باحدى هذه الطرق امتنع قبول المعارضة الا فى المواعيد المبينة فى اللائحة ، ولما كان بعض الأحكام لا يمكن تنفيذه فعلا الا بعد أن تصير المعارضة غير جائزة ، والمعارضة لا تعتبر غير جائزة الا بعد العلم بالتنفيذ وقد احتاج واضع اللائحة الى ايجاد حال يقوم العلم بها مقام العلم بالتنفيذ الفعلى فوضع المادة ٢٩٢ التى نص فيها على اعتبار المحكوم عليه عالما بالتنفيذ بمجرد اعلان صورة الحكم التنفيذية اليه بالطرق المقررة ، فهذه المادة ليست تفسيرا للمادة ٢٩١ ولا تحديدا لطريق العلم وانما هى لالحاق اعلان الصورة التنفيذية بالعلم بالتنفيذ الفعلى فى عدم جواز المعارضة بعده الا فى مواعيد معينة ويبين هذا التعبير بكلمة « يعتبر » المشعرة بأن ما بعدها ليس علما حقيقيا بالتنفيذ ولكنه الحق به .

٩٢٨/٢٨ الخليفة (٢٩/١١/٢٥) م ش ٥٢٤/١

(المبدأ ١٩) : العلم الذى اراده القانون فى تحديد مدة المعارضة هو العلم المترتب على اعلان الصورة التنفيذية الذى يحصل بواسطة اقلام المحضرين دون غيرهم لا مجرد العلم .

المادة (٢٩١) نصت على أن المعارضة يبتدىء وقتها من اليوم الذى يعلم فيه المحكوم عليه بتنفيذ الحكم ، ونصت المادة (٢٩٢) على أن المحكوم عليه يعتبر عالما بالتنفيذ بمجرد اعلان الصورة التنفيذية بالطرق المقررة ، ونصت المادة (٢٩٣) على أن مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية ـ وهذا الترتيب يدل على أن العلم بالتنفيذ المعتبر قانونا هو العلم المستفاد من اعلان الصورة التنفيذية وحدها ولذلك رتب على العلم بهذه الطريقة وحدها ميعاد المعارضة ولم يرتبه على شىء آخر بشرط أن يكون اعلان الصورة قد اتبعت فيه الطرق المقررة قانونا .

٤٩/١١٢١ ك س مصر (٨/٩/٤٩) م ش ٨٢/٢١

□■□

(المبدأ ٢٠) : حالتان لا تقبل بعدهما المعارضة .

المادة ٢٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ نصت على حالتين لا تقبل بعدهما المعارضة الأولى الرضاء بالحكم كتابة بأن يوقع المحكوم عليه اقرارا كتابيا بأنه رضى بالحكم وليس له أعتراض عليه : الثانية ـ أن يقبل التنفيذ بدون ممانعة وليس من ذلك تنفيذ الحكم بالقوة لأنه قهر وغلبة ، ولا يدل على الرضا حتى يسقط الحق فى المعارضة فالمعارضة بعده جائزة ـ ولا يشترط تقديمها المحكمة طبقا للمادة (٢٩٧) التى نصت على أن المعارضة تكون بورقة تقدم للمحكمة واعلانها للخصم ، ومن الجائز عملها عند التنفيذ .

٣٩/١٦٩ ك س مصر (٤/٤/٤٠) م ش ٦٧/٦/١١

□■□

(المبدأ ٢١) : لا تقبل المعارضة فى اعتبار الاستئناف كان لم يكن ولو صدر بعد تكليف المدعى بالاثبات ، لأن السير فى الدعوى كان القرار به ملغيا للحكم المستانف قبل العمل بالقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ـ اما بعده فلا .

حيث أن المادة ٢٩٠ من اللائحة صريحة فى أن المعارضة لا تكون الا فى الأحكام الغيابية وفى القرار الغيابى الصادر بعزل الناظر بل هو قرار فى غير الموضوع فلا تصح المعارضة فيه كقرار الشطب ، على اننا اذا فرضنا ان هذا القرار يعتبر حكما فانه حضورى وليس بغيابى لأن العبرة فى وصف الحكم بالغيابى أو الحضورى انما هو بحضور المدعى عليه أو غيابه (المادة

٢٨٣ من اللائحة ومنشور الوزارة رقم ٨ فى ١٩٢/٢/٣٢٤) ، وبما ان المادة ٣١٦ من اللائحة صريحة فى أن المستأنف يعتبر مدعيا وقد صدر هذا القرار فى حضرة المستانف عليه (أى المدعى عليه) وفى غيبة المستانف (أى المدعى) فهو حضورى . وبما أن الطعن بالمعارضة لا يكون الا فى الأحكام الغيابية فتكون المعارضة فيه غير مقبولة . وبما أن المعارضة على هذين الاعتبارين غير مقبولة فلا داعى للبحث فى موضوع المعارضة . وحيث ان ما جاء بورقة المعارضة من قرار التأجيل للاثبات الغاء للحكم الأول وترتب عليه تغيير فى مركز الخصوم فاصبح المستانف مدعى عليه بعد أن كان مدعيا ويكون غيابه غير مانع من سماع أدلة المدعى على دعواه ، قول المعارضة هذا فى ورقة المعارضة غير صحيح اذ لو كان الغاء للحكم الأول لما كان هناك معنى لتأييد الحكم الأول اذا أثبت دعواه أو الغائه اذا عجز عن اثباتها مع أن ذلك مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٣١٧ من اللائحة وما شرحته المذكرة التفسيرية بافصح بيان مما يدل على أن الحكم الأول باق على حاله حتى تفصل محكمة الاستئناف بتأييده أو الغائه أو تعديله ونظرة فى المادة رقم ٢٤٦ من اللائحة وما جاء فى المذكرة التفسيرية بخصوصها يكفى فى الرد على المعارضة اذ لو كان قرار التأجيل للاثبات الغاء للحكم الأول لما عدلت المادة رقم ٣٤٦ من اللائحة القديمة بحذف الفقرة الأخيرة منها فى اللائحة الجديدة وكان القرار الصادر من محكمة الاستئناف باعتبار القضية كأن لم تكن بسبب انقطاع المرافعة فيها لا يجعل الحكم المستأنف نهائيا اذا قد ثبت صدور قرار باثبات الدعوى كما كان ذلك فى حالة سبق صدور الحكم من المحكمة الاستئنافية بالغاء الحكم والسير فى الدعوى وقد علل فى المذكرة التفسيرية حذف الاستئناف الموجود فى اللائحة القديمة من اللائحة الجديدة بسبب ما تقرر فى باب الاستئناف بالمادة رقم ٣١٧ من وجوب النظر فى موضوع القضية الاستئنافية والحكم فيها بدون اصدار قرار بالغاء الحكم المستانف والسير فى الدعوى فلو كان التأجيل للاثبات الغاء للحكم لبقيت بنصها القديم ولما كان هناك داع لتعديلها .

٣١/٦٨ ك الزقازيق (٢١/٢٤٣)	م ش ٤/٤٥٠

□■□

(المبدأ ٢٢) : المعارضة غير جائزة بعد الميعاد .

تعتبر المعارضة غير جائز بعد مضى ثلاثة أيام من تاريخ الاعلان بالصورة التنفيذية فاذا اعتبرت كأن لم تكن ابتدأ ميعاد الاستئناف من اليوم الذى أصبحت فيه المعارضة غير جائزة .

٣٢/٢٠٣ العليا (٣٤/٣/٦)	م ش ٥/٤٥٩

□■□

(المبدأ ٢٣) : لا تسمع المعارضة فى حكم الطلاق الغيابى اذا تزوجت المطلقة بآخر ولو قبل صيرورة الحكم نهائيا الا اذا كان من يتعدى اثر الحكم اليه هو الزوج الأخير ممثلا فيها .

حيث ان المستانفة قالت انها تزوجت بغير المستانف عليه ودخل بهـا ولا زالت فى عصمته للآن ومن حيث ان المستانف عليه صادقها على زواجها المذكور وبقـائه . ومن حيث ان المعـارضة فى حكم تطليق المستانفـة على المستانف عليـه يتعدى اثرها للزوج الذى هى فى يده فلا يجوز سـماعها فى مواجهة المستانفة وحدها ، بل لا بد أن يواجه بها الزوج الجديد معها لما فى قبولها ونقض الحكم بتطليقها من ابطال حقه الظاهر بوجودها معه ، وحينئذ تكون المعارضة بحالتها التى رفعت بها غير مسموعة لأن الخصم فيها كل من المعارض ضده (المستانفة) وزوجها التى هى فى يده .

٣٣/٢٨٨٩ ك س مصر (٣٥/١/١٤) م ش ٧٢٣/٣

□■□

(المبدأ ٢٤) : تصبح المعارضة غير جائزة بعد مضى ثلاثة أيام من تاريخ الاعلان بصورة الحكم التنفيذية .

حيث ان المـادة ٢٩٠ من القـانون ١٩٣١/٧٨ أجازت المعـارضة فى القرارات الصادرة بعزل الناظر فى غيبته ، والمادة ٢٩٣ جعلت مدة المعارضة ثلاثة أيام كاملة من تاريخ اعلان الصورة التنفيذية ، والمادة ٣٠٨ نصت على أن ميعاد الاستئناف فى الأحكام الغيابية من اليوم الذى صارت فيه المعارضة غير جائزة ، والمـادة ٣٢٧ اجازت لـكل ذى شـأن اسـتئناف التصرف فى الأوقاف فى ظرف ثلاثين يوما .

٣٦/٣٦ العليا الشرعية (٢٧/٢/٦) م ش ١٣/١/٩خا

□■□

(المبدأ ٢٥) : عدم حضور المعارض ضده فى جلسة المعارضة يقتضى قبول المعارضة شكلا بدون بحث فيما اذا كانت مقـدمة فى الميعاد او لا لأن هذا من شانه هو ولا يهم المحكمة البحث فيه ولو ظهر لها تقديم المعـارضة بعـد الميعاد .

حيث أن المعارض ضدها لم تحضر لتنازع فى تقديم المعارضة فى الميعاد القانونى فتكون هذه المعارضة مقبولة شكلا ، والبحث فى تقديم المعارضة فى ميعادها القانونى أو بعده ليس من شأن المحكمة ولا يهمها البحث فيـه بل ذلك انمـا هو من شـان المعارض ضـدها وحدها ويهمها ، حتى اذا ظهر للمحكمة تقديم المعارضة بعد ميعادها القانونى فانه ليس لهـا ان تحكم من

تلقاء نفسها برفضها (١) .

٣/٢٦٧ الفشن (٢٧/٥/٢٧) م ش ١٩٥/٩/٨

□■□

(المبدأ ٢٦) : القرار الصادر بعدم قبول المعارضة شكلا لتقديمها بعد الميعاد اذا صدر بعد مضى ميعاد الاستئناف يجعله غير مقبول .

القرار الصادر بعدم قبول المعارضة شكلا لتقديمها بعد الميعاد اذا صدر بعد مضى مدة الاستئناف يجعل الاستئناف غير مقبول .

٣٦/٣٦ العليا الشرعية (٦/٢/٣٧) م ش ١١٣/١/٩

□■□

(المبدأ ٢٧) : للوارث حق المعارضة فى الحكم الغيابى الصادر على مورثه ما دامت مدة المعارضة باقية .

الفقهاء قد اعتبروا الوارث والمورث فى حكم شخص واحد ، فقرروا أنه لا تسمع دعوى المورث لتناقض الوارث أو لمضى المدة المانعة من السماع على الحق دون نزاع فيه ، وانه اذا مات المورث فى أثناء المدة فلا تبدأ مدة جديدة للوارث بل تكتمل فقط ، ويرى من ذلك أنه ليس ثمة ما يمنع المعارض من تقديم هذه المعارضة فقها ـ وما جاء بالمادة ٢٩٤ من أن المعارضة لا تقبل الا من الخصم الغائب المحكوم عليه فلا يمنع أيضا لأن الحكم المعارض فيه صدر بنفقة عن مدة سابقة وبوفاة الزوج أصبح حكما فى التركة وضد الوارث ذاته .

٣٨/٢٥١ جرجا (٢٧/٣/٤٠) م ش ١٢٤/٩/١١

□■□

(المبدأ ٢٨) : قيام المعارضة بعد الميعاد لا يمنع من سريان مدة الاستئناف .

قيام المعارضة بعد ميعادها لا يمنع من سريان مدة الاستئناف من اليوم الذى صارت فيه غير جائزة تطبيقا للمواد ٢٩٠ ، ٢٢٣ ، ٣٠٨ ، ٣٢٧

---

(١) يجب أن يقدم الطعن أيا كانت طريقته خلال الميعاد الذى حدده القانون ، فاذا لم يحترم الميعاد سقط الحق فى الطعن ، وهو سقوط يتعلق بالنظام العام ، لا يمنعه اتفاق الاطراف على مده أو عدم التمسك به ، وعلى القاضى أن يقضى بعدم قبول الطعن من تلقاء نفسه اذا رفع اليه بعد انقضاء الميعاد .

من اللائحة .

٣٦/٣٦ العليا الشرعية (٦/٢/٣٧) م ش ١١٢/١/٩

□■□

(المبدأ ٢٩) : استئناف الحكم الغيابى وصدور حكم فيه لا يمنع المحكوم عليه غيابيا من المعارضة فى الحكم الجزئى .

استئناف الحكم الغيابى وصدور الحكم استئنافيا فى موضوعه لايمنع المحكوم عليه غيابيا ايضا من المعارضة فى الحكم الجزئى متى كان المدعى هو المستانف وصدور الحكم الاستئنافى غيابيا ايضا . وكذلك معارضته فى الحكم الاستئنافى لحفظ حقه فى تقديم المعارضه فى الميعاد القانونى لا يؤثر فى حقه فى المعارضة فى الحكم الصادر من المحكمة الجزئية .

١٦١٥/٣٤ الضواحى (١/٥/٣٨) ت س م ش ٣٧٢/١٠

□■□

(المبدأ ٣٠) : لا تقبل المعارضة الثانية اذا قضى فى الأولى باعتبارها كأن لم تكن .

اذا رفعت معارضتان من الحكم الغيابى وقضى فى احداهما باعتبارها كأن لم تكن فلا تقبل الثانية .

٦٢٨/٢٩ الخليفة (١١/٦/٣٠) م ص ٧٩/٣

□■□

(المبدأ ٣١) : تبتدىء مدة المعارضة فى الحكم المبنى على الاعلان الباطل فى مواجهة النيابة من تاريخ اعلان المحكوم عليه فى مواجهته بالحكم .

حيث أن الحكم الصادر من المحاكم الشرعية بناء على الاعلان للنيابة يكون دائما غيابيا وللمحكوم عليه حق المعارضة فيه متى علم به ، لأن الاعلان فى مواجهة النيابة وقع باطلا ولا تترتب عليه آثاره لوجود محل اقامة معلوم للمحكوم عليه بالقطر المصرى . ومن حيث أن عدم الالتفات الى ما يبديه المعارض قبل بحثه لا وجه له قانونا لأن مدة المعارضة فى مثل هذه الحالة لا تبتدىء الا بعد اعلان المدعى عليه فى مواجهته اعلانا صحيحا يترتب عليه آثاره .

١٤٨/٣٥ كفر صقر (١٤/٥/٣٦) ت س م ش ٨٧٤/٧

□■□

مفقــود

(المبدأ ١) : متى يعتبر المفقود (١) ميتا .

لا يعتبر المفقود ميتا الا بعد حكم القاضى بموته .

٤٥/٢٠٠ مغاغة (٤٦/٣/٢٥) — م س ٨٧/٢٠

□■□

(المبدأ ٢) : لا يعد المفقود ميتا الا بعد حكم القاضى بموته — من يفقد فى حالة يظن معها موته يحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده وهو موت حكمى نزل منزلة الحقيقى — من فى يده مال المفقود ينصب خصما فى دعوى موته .

تقضى النصوص الفقهية بأن من فى يده مال المفقود ينتصب خصـما فى الخصومة ، وهو اما جاحد لهذا المال فيكون غضبا أو مقربه فيكون مودعا عنده وكل واحد منهما ينتصب خصما فى دعوى مـوت المفقـود التى يراد اثباتها بالبينة ، ومن حيث أن طريق قبول البينة على موت المفقود ان يجعل القاضى من فى يده المال خصما عنه .

وحيث ان المادة ٢١ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ تضمنت ان المفقود الذى يغلب عليه الهلاك وهو الذى يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود بحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده بعد التحـرى عنه . اما المفقود الذى فقـد فى حالة يظن معها بقاؤه سالما فتقدير المدة فيـه موكول الى القاضى بعد التحرى عنـه أيضا . ومن حيث أن النص المشـار

---

(١) المفقود اسم لموجود هو حى باعتبـار أول حاله ولكنـه خفى الاثر كالميت باعتبار ماله ، وأهله فى طلبه يجدون ، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصـلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد . المبسوط جزء ١١ ص ٣٤ .

اليه قد تقضى بالتحرى فى جميع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان ، وقد عمدنا الى ذلك فى هذه الدعوى ، وحينئذ فلا مانع من الحكم بوفاة المفقودين لمضى اكثر من المدة التى نص القانون على جواز الحكم بعدها بموت المفقرد وهو موت حكمى منزل منزلة الموت الحقيقى ، ومن حيث ان المفقود لا يعتبر ميتا الا بعد حكم القاضى بموته (١) .

٢/١١ الصحراء الجنوبية (٣٩/٥/١٨) م ش ٨٤٦/١٠

□■□

(المبدأ ٣) : غياب المفقود فى حالة لا يغلب معها هلاكه .

اذا كان غياب المفقود فى حالة لا يغلب معها هلاكه ثم توفرت لدى القاضى مظان وفاته وسعه أن يحكم بموته ويقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

□■□

(المبدأ ٤) : المفقود لا يعتبر ميتا الا حين الحكم بموته .

المفقود لا يعتبر ميتا الا حين الحكم بموته والراجح من مذهب الامام أبى حنيفة انه لابد من حكم القاضى بموته ، وانه من تاريخ الحكم بموته تعتد زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقت الحكم بموته ، وقد رتبت المادة ٢٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ احكام المفقود على الحكم بموته بعد المدة كما هو مبين فى المادة نمرة ٢١ .

٢٩/٤ شبراخيت (٢٩/١١/٣٠) م ش ٤٧٣/١

□■□

(المبدأ ٥) : يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام اربع سنين من تاريخ فقده .

يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام أربع سنين من تاريخ فقده . ويفوض الأمر للقاضى فيما عدا ذلك ، وهو يتحرى عنه بجميع

---

(١) راجع المادة ٢١ ، ٢٢ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

الطرق الممكنة ومن هذا التحرى ان الحكم بموت المفقود مقيد بمضى هذه المدة فى جميع الأحوال ولا يكفى الاثبات وحده من غير هذا التحرى لزيادة الاحتياط والاطمئنان ، ولا يكفى فى هذا التحرى قرار تنصيب الوكيل عنه لأنه لم يتناول جميع ما اشتملت عليه الدعوى كأستمرار العقد وانقطاع الغيبة والأخبار وخفاء الأثار وعدم العودة والخروج لجهة قريبة او بعيدة يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما الى ذلك ، وبعد هذا التحرى والاثبات لا مانع من الحكم بموته وهو موت حكمى فيعتبر بالموت الحقيقى ، فتعتد عرسه وتقسم ورثته الموجودون يوم الحكم بموته ماله ، ولا يرثه وارث مات قبل تمام المدة أو بعدها وقبل الحكم بموته لأنه حين مات كان المفقود محكوما بحياته كمااذا كانت حياته معلومة .

٣٠/٢٠٢ شبين القناطر (٣١/١/٢٩) م ش ٥٤٧/٣

□■□

(المبدأ ٦) المفقود المحكوم بوفاته يعتبر ميتا بالنسبة لمال غيره من تاريخ غيبته .

ومن حيث ان الحكم الشرعى يقضى بأن المفقود المحكوم بوفاته يعتبر ميتا بالنسبة لمال غيره من تاريخ غيبته .

٢٩/٢٧٣ ك س مصر (٣١/٣/٨) ت س م ش ١٥٢/٣

□■□

(المبدأ ٧) : يعتبر المفقود يوم الحكم بموته ميتا بالنسبة لمال غيره من تاريخ فقده اما بالنسبة لماله فمن يوم الحكم .

المنصوص عليه شرعا ان المفقود يعتبر حيا فى حق ماله فلا يرث منه أحد لثبوت حياته بالاستصحاب ويعتبر ميتا فى حق مال غيره فلا يرث من أحد مات حال فقده وقبل الحكم بموته ، ويوقف المال حتى يظهر المفقود او يحكم بموته ، فان حكم بموته اعتبر يوم الحكم فيما يختص بماله فيرثه من كان موجودا من ورثته وقت الحكم ويعتبر يوم الفقد فيما يختص بمال غيره فيرد هذا المال على ورثة ذلك الغير وتقسم بينهم كأن المفقود لم يكن (يراجع ابن عابدين والهندية فى المفقود) .

٤٣/١٠١ العليا (٤٤/١٢/٢) م ش ١٦/٩/١٩٥

(المبدأ ٨) : الحكم بموت المفقود مقيد بمضى اربع سنوات فى جميع الأحوال .

من حيث ان هذه الدعوى تضمنت ان هذا المفقود قد خرج لقضاء حاجة قريبة ثم يعود ولم يعد ، وانه يغلب عليه الهلاك ، وقد قضت المادة الحادية والعشرون من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية على انه يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام اربع سنين من تاريخ فقده وعلى تفويض الأمر الى القاضى فيما عدا ذلك وهو يتحرى عنه فى جميع الأحوال بالطرق الممكنة ، فالمقصود من هذا النص ، ان الحكم بموت المفقود مقيد بمضى هذه المدة فى جميع الأحوال لأن النص قيد فى حالة غلبة الهلاك بمضيها فبالأولى غيرها من الأحوال التى يظن فيها بقاؤه سالما ، ولأن هذا النص قد سيق لبيان ان ما كان العمل جاريا عليه قبل هذا القانون لم يعد صالحا للعمل به ولا يتفق مع حالة الرقى التى وصلت اليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر لا لما يتوهم من جواز الحكم بوفاة المفقود قبل مضى هذه السنوات الأربع ، ويلزم على هذا جواز الحكم بموته بمضى اى مدة على فقده قلت أو كثرت وهذا غير مقصود . بل المراد ان السنوات الأربع هى أقل مدة يحكم فيها بموت المفقود فى جميع الأحوال . ومن حيث ان هذا النص قد تضمن التحرى عن المفقود فى جميع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان وجعل الاثبات وحده غير كاف للحكم بموته فلا بد من هذا التحرى ، ولا يكفى فيه قرار نصب الوكيل عنه لأنه وان تضمن غيبة المفقود الى صدور هذا التوكيل ولكنه لم يتناول ما وراء ذلك من مشتملات مثل هذه الدعوى ، كاستمرار الفقد وانقطاع الغيبة والأخبار وخفاء الآثار وعدم العودة والخروج لجهة قريبة أو بعيده يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما الى ذلك لأنه وان كان الأصل بقاء ما كان على من ما كان ما لم يتبين خلافة ، ولكن هذا خاص بما كان من مشتملات هذا الأصل عند من يعول على هذا الأصل وقرار الوكالة لم يشمل غير ما وضع له باعتبار وصفه العنوانى وهو كونه قرارا بنصب وكيل عن هذا الغائب فلا يتعدى هذا غير ما نص عليه فيه مما اشتملت عليه هذه الدعوى ، فلابد من اجراء التحرى بعد الاثبات عند الحكم بموته حتى لا يكون للشك مجال لأنه أمر محتمل فمتى انضم اليه التحرى حصل الاطمئنان الكافى . ومن حيث ان هذه الدعوى ثبتت بالبينة وقد اجرى التحرى اللازم وقد تبين من ذلك أن هذا المفقود قد غادر بلده الى القاهرة يبتغى الرزق ثم يعود وقد مضى على غيبته ثلاثة وعشرون سنة ولم يعد وقد انقطعت اخباره فلا مانع من الحكم بموته على اى حال سواء أكان طلب الارتزاق من الجهات القريبة ام البعيدة يغلب فيها الهلاك ام يظن فيها البقاء لمضى اضعاف المدة التى نص القانون

على جواز الحكم بمو المفقود وبعدها ولحصول التحرى اللازم فلا مانع من الحكم بموت المفقود وبعدها ولحصول التحرى اللازم فلا مانـع من الحكم بموته وهو موت حكمى فيعبتر بالموت الحقيقى فتعتد عرسه عدة وفاته ان كان له عرس ويقتسم ورثته الموجودين يوم الحكم بموته ماله ولا يرثه وارث مات قبل تمام المدة أو بعدها وقبل الحكم بموته لأنه حين مات كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ، فلا يعتبر المفقود ميتا الا عنـد تمام المدة والحكم بذلك وهذا الوارث مات قبل ذلك فلا يرثه (نص على ذلك فى الجزء الثـامن من شرح الفوائد السنية ، وفى العنـاية والفتح والبـدائع والهندية والبحر ومجلة الأنهر وكثير من الكتب المعتبرة فى باب المفقـود فى الجمع) .

٣٠/٢٠٣ شبين القناطر (٢١/١/٢٩) م ش ٥٤٧/٣

□■□

(المبدا ٩) : المفقود الذى يغلب عليه الهلاك يحكم بموته بعد مضى أربع سنين من تاريخ فقده .

المفقود الذى يغلب عليه الهلاك يحكم بموته بعد مضى أربع سـنين من تاريخ فقده أما غيره فيفوض أمر المدة التى يحكم بموته فيها الى القاضى .

٥٠/١٢٧٠ منوف (٥١/١/٢٥) م ش ٤٢٢/٢

□■□

(المبدا ١٠) : لا تنطبق المادة ٢١ ق سنة ١٩٢٩ فى دعوى طلب الحكم بموت المفقود الا اذا كان قد فقد فى حالة يظن معها موته . أما المفقـود الذى يغلب عليه الهلاك كالذى يفقد فى حالة يظن معها بقاؤه سالما فهذا يفوض أمر المدة التى يحكم بموته بعدها الى القاضى .

بما أن المادة ٢١ ق سنة ١٩٢٩ والفقرة الثانية من المذكرة التفسيرية لهذا القانون نصت على ان المفقود الذى يغلب عليه الهلاك وهو الذى يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود أو يفقـد فى ميدان قتال يحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده بعـد التحرى عنـه بجميع الطرق الممكنـة ، أما المفقـود الذى يغلب عليـه الهلاك وهو الذى يفقد فى حالة يظن معهـا بقاؤه سـالما كمن يغيب لتجـارة أو طلب العلم أو

السياحة ثم لا يعود فهذا يفوض أمر المدة التى يحكم بموته بعدها الى القاضى بعد التحرى عليه أيضا بكل الطرق الممكنة فاذا تحرى عنه ولم يجده وتبين له ان مثله لايعيش الىهذا الوقت حكم بموته ولا يعتبر المفقود(١) ميتا بحيث تعتد زوجته عدة الوفاة وتستحق ورثته تركته مهما طالت غيبته الا بعد حكم القاضى بوفاته فبعد ذلك تعتد زوجته عدة الوفاة من تاريخ الحكم وتقسم تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم .

٢٩/٣٢٨ ك س مصر (٣١/١/٢١) م ص ٨٤٩/٢

□■□

(المبدأ ١١) : من يفقد (٢) فى حالة يظن معها موته ، يحكم بموته بعد اربع سنين من تاريخ فقده .

من يفقد فى حالة يظن معها موته ، يحكم بموته بعد أربع سنين من

---

(١) وحكمه فى الشرع أنه حى فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ميت فى حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال فان علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر فى ابقاء ما كان غير معتبر فى اثبات ما لم يكن ثابتا وفى الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات امر لم يكن ثابتا له ولأن حياته باعتبار الظاهر ، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ولهذا لا تتزوج امراته . ص ٣٤ . المبسوط جزء ١١ ص ٣٤ .

(٢) تفسير المفقود ــ الرجل يخرج فى سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه و لايأسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله ــ فهذا مفقود لا يقضى فى شىء من أمره حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل ــ ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له فى ماله ما خلا الزوجة لأن حياته معلومة ولا يستحق احد من الأغنياء النفقة فى مال الحى سوى الزوجة لأن استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة او بكونها محبوسة بحقه وذلك موجود فى حق المفقود واما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق . المبسوط جزء ١١ ص ٣٨ .

تاريخ فقده ، وتقسيم تركة المفقود بين ورثته الموجودين وقت الحكم بوفاته.

٤٥/٢٠٠ مغاغه (٤٦/٢/٢٧) م ش ٨٧/٢٠

□■□

(المبدأ ١٢) : غيبة القريب غيبة منقطعة دون مال ظاهر كاعساره فى وجوب النفقة على من يليه .

المنصوص عليه شرعا أن الغيبة كالاعسار فى وجوب النفقة على الأبعد (يراجع الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٩٢٨) .

٤٦/٢٥٠١ الزقازيق (٤٨/٣/١٧) ت س م س ١٨٧/٢١

□■□

(المبدأ ١٣) : الغائب الذى حكم بوفاته لغلبة الظن فى تاريخ لاحق لوفاة مورثه لا تكون حياته محققه وقت وفاة المورث فلا يرث .

الغائب الذى حكم بوفاته لغلبة الظن فى تاريخ لاحق لوفاة مورثه طبقا للمادتين ٢١ ، ٢٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لا تكون حياته محققة وقت وفاة المورث فلا يرثه مادام الحكم بوفاته لم يكن بناء على بينة أثبتت وفاته بعد مورثه .

□■□

(المبدأ ١٤) : الوكيل عن المفقود ينتصب خصما فى دعوى موته .

الوكيل عن المفقود ينتصب خصما فى دعوى موته .

٤٥/٢٠٠ مغاغة (٤٦/٣/٢٧) م ش ٨٧/٢٠

□■□

(المبدأ ١٥) : الوكيل عن الغائب يصلح خصما فى دعوى الوفاة والوراثة متى اذن له .

الوكيل عن الغائب يصلح خصما فى دعوى وفاته والوراثة له متى اذن بالخصومة فى ذلك .

٢٩/١٥٠ العليا (٢٠/٣/٧) م ش ٥٤٣/٢

□■□

(المبدا ١٦) : المفقود الذى لا يرث غيره هو من ثبت فقده قبل وفاة مورثه .

ان كون المفقود لا يرث من غيره انما هو فيمن كان مفقودا وقت وفاة مورثه ، اما من كان موجودا وقت وفاة مورثه ثم فقد بعد ذلك فانه لا شبهة فى ان يرث مورثه .

٣٤/١٧٧ العليا (٣٥/١٢/٣) م ش ٢٩٨/٧

□■□

(المبدا ١٧) : يعتبر الغائب ميتا من تاريخ فقده بالنسبة لميراثه مال غيره .

متى حكم بوفاة المفقود يعتبر ميتا من تاريخ الفقد بالنسبة لميراثه مال غيره ومن حين الحكم بالنسبة لمن يرث ماله .

٢٦/١٢٧ ك س مصر (٣١/١٠/٢٧) م ش ١٠٦/٣

□■□

(المبدا ١٨) : المنصوص عليه فى غير الحقوق الناشئة عن العقود التى يتولاها الوكيل انه لا يملك الخصومة عن الغائب مدعيا او مدعى عليه الا باذن من القاضى .

جاء فى كتاب المفقود بالجزء الرابع من الهداية شرح بداية المبتدىء ما نصه : « اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع لا يعلم احى هو ام ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه لأن القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة صار كالصبى والمجنون وفى نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له . وقوله يستوفى حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذى اقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ

ويخاصم فى دين وجب بعقده اى الوكيل لأنه اصيل فى حقوقه ولا يخاصم فى الذى تولاه المفقود ولا فى عقار او عروض فى يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف فى الوكيل بالقبض من جهة المالك فى الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضى وقضى به لأنه مجتهد فيه » وجاء فى شرح الدر المختار فى كتاب المفقود جزء ثالث (ونصب القاضى وكيلا يأخذ حقه كغلاته وديونه المقر بها ويحفظ ماله ويقوم عليه عند الحاجة فلو له وكيل فله حفظ ماله لا يعمر داره الا باذن الحاكم لأنه لعله مات ولا يكون وصيا ، ولكنه ــ أى هذا الوكيل ــ المنصوب ليس يخصم فيما يدعى على المفقود من دين ووديعة وشركة فى عقار او رفيق ونحوه لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لايملك الخصومة بلا خوف ولو قضى بخصومةلم ينفذ . زاد الزيلعى فى القضاء وتبعه الكمال الا بتنفيذ قاضى آخر لكن فى الخلاصة الفتوى على النفاذ) وعلق ابن عابدين على قوله (وليس بخصم فيما يدعى على المفقود) بقوله ولا فيما يدعه له كما علمته ــ وجاء فى الفتاوى الهدية جزء رابع جوابا عن سؤال ما نصه (قيم المفقود وهو من نصبه القاضى وكيلا عنه لأخذ حقوقه المقر بها وحفظ ماله والقيام عليه عند الحاجة ليس فيما يدعى له أو عليه فى اى حق فلا تسمع دعواه والحال هذه ولا تقبل بينته) .

١٥٥٤/١٩٤٠ جرجا (٤٢/١١/٢٠) م ش ١٥/١٣٤

□■□

(المبدأ ١٩) : لا ينتصب المدعى عليه فى دعوى الوراثة خصما فى ادعائه ارث شخص غائب غير من ادعى المدعى ارثهم ولا يقبل منه اقامة البينة على ما يدعيه من ذلك .

وحيث أن ما قاله المدعى عليه من وجود احدى الورثة التى تؤثر على بنت المدعية بالحجب وهو الأمر الذى سارت فيه المحكمة واعتمدته وقررت عدم سماع الدعوى لأجله لا يقبل شرعا من المدعى عليه ولا تسمع بينته لأنه فى قبوله منه اقامته خصما عن للغائب فى اثبات وجوده واستحقاقه وليس للمدعى عليه صفة ما تخوله الحضور عن الغائب فالفقهاء نصوا على أن الحاضر انما يكون خصما عن الغائب فيما له أو عليه فى حالات ثلاث ــ (الأولى) : أن يكون وكيلا عنه حكما باقامة القاضى له فى ذلك ــ (الثانية): أن يكون المدعى به شيئا واحدا وما يدعى على الغائب سبب حتما لما يدعى

على الحاضر كالدعوى على الكفيل بما ذاب على الأصيل فى غيبته هذا الأخير وكدعوى الشفعة على المشترى فى غيبة البائع - (الثالثة) : أن يكون المدعى به شيئين وما يدعى به منهما على الغائب سبب لا محالة للشيء الثانى المدعى به على الحاضر كما اذا ادعى مالا على حاضر وأقام شاهدين عليه فطعن المدعى عليه فى الشهود بأنهما ملك فلان الغائب الى الآن فلا ولاية لهما فى هذه الشهادة على فدفع المدعى هذا الطعن بأن فلان حررهما وهما حران فانه تسمع بينته على مولاهما الغائب بحضور المدعى عليه لأن دفعه بتحريرهما المدعى به على الغائب سبب حتما لما يدعيه على الحاضر بنفاذ شهادتهما عليه ووجوب الحكم بالحق له ، ومن حيث ان المدعى عليه ليس له صفة عن الغائب الذى يؤثر على المدعية فى تنصيب بنتها فلا يقبل منه القول ولا تسمع شهوده عليه ولا يقال بأنه أحد الورثة وهو ينتصب خصما عن الوارث الأخير للغائب لأن احد الورثة انما ينتصب خصما عن الغائب بما يدعى على الميت أو له فيما هو حق من حقوق الوارث الغائب فلا ينتصب خصما عنه .

ومن حيث انه فضلا عن ذلك فان النصوص تدل على عدم سماع قول المدعى عليه وبينته فى هذا الموضوع فقد ورد فى جامع الفصولين ص ١١٢ ج ١ وفى الفتاوى الهندية ص ٥٤ ج ٤ : « اذا قال المدعى فى دعوى الميراث لا وارث له غيرى وأراد أن يقيم البينة على اثبات ذلك فلا تسمع بينته » على أنه قد وردعن الفقهاء فى الدعوى المخمسة أن الدافع اذا دفع الدعوى بأن ما فى يده وديعة أو عارية الخ وكان معروفا بالحيلة لا يسمع منه ذلك الدفع وهو رأى الامام أبى يوسف بعد أن تولى القضاء ودرس احوال الناس ورأيه فى القضاء هو الرأى الراجح وقد ذكر صاحب جامع الفصولين بعد التكلم على من يكون خصما عن الغائب ومن لا يكون ما نصه : (الظاهر عندى أن يتأمل فى الوقائع ويلاحظ الحرج والضروريات فيقضى بحسبها جوازا وفسادا ، مثلا لو طلق امراته عند العدول فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه أو يعرف ولكن تعجز عن احضاره وعن أن تسافر اليه هى أو وكيلها لبلده أو لمانع آخر كأن لا يرضى أحد بالوكالة وكذا المديون له غاب عن البلد وله نقد فى البلد أو نحو ذلك ففى مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضى وغلب ظنه انه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغى أن يحكم على الغائب أو له - وكذا ينبغى للمفتى أن يفتى بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق من الضياع مع انه مجتهد فيه (وهذا مبدأ فقهى مهم) ذهب الى حد أثره الشافعى واحمد ومالك وفيه روايتان عن اصحابنا -) الغى القرار المستأنف واعيدت القضية الى المحكمة الجزئية للسير فيها بمقتضى المنهج الشرعى .

٢١/٢١٢ س ك بنى سويف (٣٢/٧/١١)   م ش ٨٦٨/٣

(المبدأ ١) : المهر واجب شرعا للزوجة على زوجها ابانة لشرف المحل وان صح النكاح بدونه فا لزوجة ان تمنع نفسها لاستيفاء ما بين تعجيله من المهر المسمى او قدر ما يعجل لمثلها عرفا ولا يؤثر فى حقها هذا رضاها فى عقد الزواج ان تطيع زوجها فى اى جهة وعلى اية حال .

القاعدة الشرعية ان المهر واجب شرعا للزوجة على زوجها ابانة لشرف المحل وان صح النكاح بدونه ، وان للزوجة ان تمنع نفسها لاستيفاء ما بين تعجيله من المهر المسمى أو قدر ما يعجل لمثلها عرفا (ابن عابدين وفتح القدير فى باب المهر ولا يؤثر فى حقها هذا ما جاء فى عقد الزواج من انها قبلت أن تطيعه فى اى جهة على اية حال لأن ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم لأن المهر واجب شرعا وهو لو تزوجها على أن لا مهر لها وجب مهر مثلها .

٣٢/١٩٢٣ كرموز (٣٤/١٠/١٣) ت س م ش ٦٩٠/٧

□■□

(المبدأ ٢) : سبب وجوب الصداق على الزوج عقد النكاح .

سبب وجوب الصداق على الزوج عقد النكاح وسبب وجوب ادائه على الكفيل عقد الكفالة الذى هو التزام من الكفيل وحده بأداء ما وجب على الزوج من ماله الخاص .

٣٥/٢١٥ س ك اسيوط (٢٦/٨/٢٣) م ش ٨٢٥/٧

□■□

(المبدأ ٣) : المهر فى مقابلة البضع ويجب بالعقد ويتاكد بالدخول .

نص الفقهاء على ان : « المهر فى مقابلة البضع ويجب بالعقد ويتاكد بالدخول ، ومتى تاكد لا تسقط المطالبة به مادامت الزوجية قائمة ، فقد نص فى شرح الدر فى باب المهر : ان للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة رضيتها حتى تستوفى ما تعورف تعجيله من المهر لأن كل وطاة فى النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فمادامت الزوجية قائمة فسبب الوجود قائم وهو الوطء) .

٤٦/٥٣١ ملوى (٤٧/٢/١٢) ت س م ش ٩٢٠/٢٠

(المبدأ ٤) : سبب وجوب المهر عند الحنفية هو الزوجية .

يرى الحنفية أن سبب وجوب المهر هو الزوجية ـ ويرى الامام الشافعي انه ليس بواجب الا بالفرض واحتج بقوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » النحلة هي العطبة والعطية صلة فيكون المهر صلة زائدة فى النكاح فلا يجب بعقد الزواج ، ولأن النكاح عقد زواج بالاجماع لأن اللفظ لا ينبىء الا عنه اجماعا فيقتضى ثبوت الزوجية بينهما ويحل الاستمتاع لكل منهما بصاحبه تحقيقا لمقاصد النكاح الا انه ثبت عليها نوع ملك فى منافع البضع حتى تتحقق المقاصد ولا ضرورة فى اثبات ملك المهر لها عليه فكان عهدة زائدة فى حق الزوج صلة لها ، وللحنفية قوله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم » اخبر الله سبحانه وتعالى أن حل ما وراء ذلك على انه لا جواز للنكاح الا بالمال ولأن ملك النكاح لم يشرع لعينه بل لمقاصد لا حصول لها الا بالدوام على النكاح والقرار عليه ولا يدوم الا بوجوب المهر بنفس عقد الزواج ، فمن ذلك ترى انه بعقد الزواج وجب على الزوج المهر كما قرره ابن عابدين .

٥٤/١٢١٣ المحلة الكبرى (٤٧/٢/٢) م ش ٢١/٤٠٢

□■□

(المبدأ ٥) : المهر ملك خالص للمرأة وقبضه لمن له الولاية على مالها اذا كانت قاصرة .

النص الفقهى يقضى بأن المهر ملك خالص للمرأة فى مقابل الاستمتاع بها ، وانها اذا كانت قاصرة فولاية قبض المهر لمن له الولاية على مالها وهو أبوها ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه أن لم يوجد واحد من المذكورين وليس لأحد غير من ذكر ولاية قبض مهرها لعدم ولايتهم على مالها حتى أمها اذا لم تكن وصية عليها . فاذا قبض واحد من غير الأولياء على مالها مهرها من الزوج فلا تبرأ ذمته بذلك ، وللزوجة اذا بلغت أن تطالب به وهو يرجع على من اقبضه اياه الا اذا كان القابض وصيا (١) .

٢٩/١٨٧ العياط (٢٩/٢/١١) ت س م ش ٢/٢٦٨

---

(١) راجع المادة الاولى من القانون ١٩٥٢/١١٩ .

□■□

(المبدأ ٦) الصداق ليس لازما من لوازم الزوجية .

الصداق ليس لازما من لوازم الزوجية لأن لازم الشيء ما يتبع الشيء وجودا وعدما والصداق ليس كذلك لأن الزوجية المضاف اليها لابد فيها من الصداق اذ لا زوجية بلا صداق ، فلو كان الصداق لازما للزوجية لكان المعنى ان الصداق لازم للصداق ولكان الشيء لازما لنفسه وهو باطل .

٣٥/١٠٦٤ ك س اسكندرية (٣٦/٧/١٩) م ش ٢٢٣/٢/٨

(المبدأ ٧) : المهر يستحق بالعقد ، فاذا لم يتم كان لمن اداه حق طلب رده .

المهر انما يستحق شرعا بالعقد لأنه معاوضة فلا يستحق بدون تحقق العوض فاذا لم يتم العقد كان لمن اداه الحق فى طلب رده ولو كان العدول عن العقد آتيا من جانبه .

٤٣/٢٠٧١ جرجا (٤٥/٢/٢٦) م ش ١٥٩/١٨

□■□

(المبدأ ٨) : جرت العادة ان الزوجة تجهز بمهرها .

العادة والعرف يقضيان بأن الزوجة تجهز بمهرها وتزف به لزوجها ولا يدخل بها الزوج عادة الا بعد أن تزف اليه بما جهزت به من مهرها ــ وهذه عادة مستفيضة فى جميع البلاد المصرية لا يختلف فيها اقليم عن آخر وهو عرف منتشر لا يخفى على أحد حتى أصبحت هذه العادة لازمة من لوازم الدخول ــ والعادة لها اعتبار فى الأحكام .

٣١/٢٦٠ سمالوط (٣٢/٦/٤) م ش ٧٨٠/٤

□■□

(المبدأ ٩) : والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر زوجة ابنه الا اذا ضمنه.

من حيث انه على فرض صدق وقائع الدعوى فان المدعى عليه لا يلزم بدفع المبلغ المذكور الى المدعية لأن والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر ابنه الا اذا ضمنه والمدعى عليه لم يضمن هذا المهر باقرار المدعية كما نص على ذلك فى باب المهر من متن الدر وشرحه وحاشية ابن عابدين .

٢٩/٣٥٨ كفر الزيات (٣٠/١/٢٩) م ش ٦٣٣/١

(المبدأ ١٠) : التزام ولى الزوجين « والد الزوجة » فى وثيقة الزواج بدفع حال الصداق للزوجة يجعله ملزما بادائه اليها الا اذا وجدت قرينة عدم الايفاء من الزوج فانه يلزمه .

وحيث ان التزام ولى الزوجة لحال الصداق بمقتضى الصيغة المبينة بوثيقة الزواج (التزام الولى المذكور بدفعه من ماله الخاص تحت طلب الزوجة المذكورة) فى الواقع لا يحتمل اكثر من معنيين احدهما ــ وهو الظاهر المتبادر منها ان الولى المذكور قصد كفالة الزوج للزوجة فى مقدم الصداق اذ الكفالة تتقيد بكل ما ينبئ عن العهدة والالتزام فى العرف والعادة ولذا نص الفقهاء على انه لو قال شخص لآخر ــ الدين الذى لك على فلان انا ادفعه اليك أو اقبضه لا يكون ذلك كفالة لعدم وجود ما يدل على الالتزام فان وجد ما يدل عليه كالتعليق فانه يقول (ان لم يؤد لك فلان الدين الذى لك عليه فانا أؤديه لك فانه يكون كفالة) (يراجع رد المحتار ص ٢٦٥ ، ٢٧٥ جزء ٤) فأولى أن يكون صريح الالتزام كفالة كما هو عبارة الولى المذكور فان صريح لفظه التزام ، والمنصوص عليه شرعا أن كفالة ولى الزوجة مهرها صحيح شرعا ولو باشر عقد النكاح بالولاية عن الزوجين لأنه سفير ومعبر فلا ترجع الحقوق اليه بشرط صحة وقبول الزوجة الكفالة فى المجلس ان كانت كبيرة فان كانت صغيرة قام ايجابه مقام قبولها والزوجة بعد الكفالة بالخيار ان شاءت طالبت الزوج أو الولى (الكفيل) (الدر المختار ورد المحتار ص ٣٦٥ جزء ٤) وانما ثبت لها مطالبة كل منهما لأن الكفالة ضم ذمة فى المطالبة وتقتضى شغل ذمة الأصل الااذا شرطت براءة ذمته فانها تكون حوالة اعتبارا للمعنى ولم يوجد هنا هذا الشرط . وثانيهما ان يكون الولى قصد أن يزوج بنته بالصداق المبين على أن لا يجب هذا الصداق على الزوج ابتداء بل يجب عليه وهذا المعنى مع بعده عن ظاهر عبارته فهو على فرض قصده تغيير لما تقرر شرعا من ان الصداق يجب فى ذمة الزوج بالعقد فيرد قصده عليه ويثبت الصداق فى ذمة الزوج بحكم الشرع .

٣٢/٩٧٢ ملوى (٦٣/٦/١٥) م ش ٦/١٧/٤

□■□

(المبدأ ١١) : الصداق فى الشريعة الموسوية ــ اعتبار دفعه شرطا لصحة الزواج ــ ادعاء الزوجة بانها لم تقبض مهرا تقوم القرينة على عكسه.

توجب أحكام الشريعة الموسوية ان يدفع الزوج مهر الزوجة ــ على

المادتين ٩٨ ، ٩٩ من كتاب" الأحكام الشرعية للاسرائيليين ومفهوما أن دفع المهر شرط لصحة عقد الزواج وانه يقدر بمائتى محبوب للبكر ـ فاذا ادعت الزوجة بأنها لم تقبض مهرا فان القرينة القانونية تقوم على عكس هذا القول.

٢٦/٣ ق (٥٧/٦/٢٧) م ش ٦٥٣/٨

□■□

(المبدأ ١٢) : اذا لم يسم المهر او نفيت التسمية يحكم بمهر المثل .

المنصوص عليه شرعا انه مادام المهـر لم يسم أو نفيت التسـمية ـ تحكيم مهر المثل وهو يقدر بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها واهل ابيها أن وجدن .

٥٢/٩٥٢ الجيزة (٥٣/٢/١٠) ت س م ش ٤٠١/٢٤

□■□

(المبدأ ١٣) : لا تقتصر ولاية قبض الأب المهـر على مجلس العقـد بل تمتد الى ما بعد العقد .

نص على ان ولاية قبض الأب مهر ابنته لاتنقطع بمجرد العقد ولا تقتصر على المجلس بل تمتد عادة وشرعا الى ما بعـد مجلس العقـد اما شرعا فلا تسقط ولا يتم الا بقبض ما هو موكل فيـه ، وأما عادة فلأن النـاس جـروا على أن تسلم الأبكار لأبائهن من مباشرة العقـد والزواج من يرون والتكلم فى كل ما يتعلق بذلك فهو بمنزلة التفويض له فى كل شئون تزويجهن والوصول الى جلب ما هو صالح لهن والحصول على المهور العاجلة ونحوها مما يتعلق بالعقد ، أما بمجلس العقد أو بعده مادام وكيلا ومادام لم تعزله صراحة أو ضمنا كما اذا قبضته هى فما دام لم ينعزل له حق الخصومة فيـه والتكلم امام القضاء لانه وكيل بقبض الدين وهو يملك الخصومة .

٣٥/٤٣ اجا (٣٦/١٠/٣) م ش ٧٣/١/١١

□■□

(المبدأ ١٤) : قبض الأب مهر ابنته البكر البالغة معتبر شرعا ، تبرأ به ذمة الزوج ما لم يسبق منها نهى صريح عن قبضه .

حيث ان والد الزوجة قبضه معتبر شرعا ، تبرأ به ذمة الزوج ، فقد صرح الفقهاء قاطبة بأن الأب يملك قبض صداق البكر البالغة والاقرار بقبضه لأن من ملك الانشاء ملك الاقرار الا اذا حصل منها نهى صريح عن قبضة ، وظاهر أن هذا محله اذا لم يكن وكيلا فى القبض ، أما اذا كان وكيلا فيه فانه يملك القبض والخصومة فيه لأن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فيه بخلاف الوكيل بقبض العين ، نص على ذلك فى معتبرات الكتب .

٣٥/٤٣٩ اجا (٣٦/١٠/٢) م ش ٧٣/١/١١

□■□

(المبدأ ١٥) : والد الزوجة البكر البالغة غير السفيهة له قبض مهرها اذا لم يحصل منها نهى صريح عن قبضه .

يقضى الفقه بأن لوالد الزوجة البكر البالغة العاقلة غير السفيهة قبض مهرها اذا لم يحصل منها نهى صريح عن قبضه لجريان العادة بأن الأب يقبض مهر البكر البالغة ليضم اليه شيئا من ماله ليجهزها به .

٣١/٩٩٦ شبين القناطر (٣٢/١١/٢٤) ت س م س ٤٦٥/٤

□■□

(المبدأ ١٦) : للأب والجد ولاية قبض مهر البكر البالغة .

للأب والجد ولاية قبض مهر البكر البالغة وليس لغيرهما من الأولياء ولاية ذلك .

٢٩/١٢٩٨ السيدة (٣٠/٦/٢٢) ت س س ٢٨١/٢

□■□

(المبدأ ١٧) : الكبيرة المطلقة تقبض مهرها بنفسها .

الكبيرة المطلقة هى التى تقبض مهرها بنفسها وليس لأحد ايا كان قبض مهرها سواء أكانت بكرا او ثيبا بدون رضاها .

٤٨/١٧٨ العياطظ (٢٩/٢/١١) ت س م ش ٢٦٨/٢

□■□

(المبدأ ١٨) : قبض الوكيل لمعجل الصداق ملزم للزوجة بالدخول والطاعة وامتناعها مع هذا نشوزا لا تستحق معه النفقة .

حيث تبين من الاطلاع على قسيمة الزواج ان المدعى عليه اقبض وكيلها فى العقد . وقبض المهر (معجل صداقها) ، وبما انها قررت اثر عرض قسيمة الزواج عليها التى قرر بها وكيلها المخول له فيها قبض صداقها انها مانعة نفسها حتى يوفيها المدعى عليه عاجل صداقها من تاريخ العقد عليها لتبديد الوكيل لذلك المعجل ، وبما أن ذمة المدعى عليه قد برات من ذلك العاجل بتسليمه الى وكيلها ضرورة ان يد الوكيل كيد الأصيل فليس لها حق فى منع نفسها عن دخوله بها والشان لها مع ذلك الوكيل فى الرجوع عليه بمثل ما قبضه ، وبما انها لم تذكر سببا آخر لمنع نفسها سوى ذلك فتكون ناشزة والناشز لا نفقة لها شرعا .

٢٤/١٢٣٩ الجيزة (٣٥/٦/٥) م ش ٢٠٤/٨

□■□

(المبدأ ١٩) : اذا جعل الزوجان بعض المهر حالا وبعضه مؤجلا الى وقت الحلول شرعا ، وقبضت الزوجة بعض المال واجلت قدرا منه اجلا معينا خرج هذا القدر بالتاجيل عن أن يكون حالا فليس للزوجة والزوجية قائمة ان تمنع نفسها لاستيفاء ما اجلته من المال وان حل اجله .

من حيث ان المنصوص عليه عند الامامين ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الزوجة اذا اجلت بعض المهر اجلا معينا ليس لها أن تمنع نفسها لاستيفاء الآجل ، واما عند ابى يوسف رحمه الله فقد اختلف النقل عنه فى هذه الحالة ففى البدائع من المهر : ان المهر لو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا معلوما فله أن يدخل بها اذا اعطاها الحال بالاجماع ، وفى رد المحتار لابن عابدين عن شرح الجامع لقاضيخان من باب المهر ان ابا يوسف يرى المنع

فى هذه الحالة ايضا لاستيفاء الآجل اذا لم يكن دخل بهـا والدخول عنـده يبطل حقها فى المنع .

ومن حيث أن الخصمين متصادقان على الدخول وبعض المهر حال قد استوفته وبعضه مؤجل الى اجل معلوم فليس لها الامتناع لاستيفاء ما حل اجله وان اختلف النقل عن ابى يوسف اجماعا .

١٣٧/٣٠ ك س المنصورة (٣١/٣/١٧) م ش ٦٤٦/٢

□■□

(المبدأ ٢٠) : تبرأ ذمة الزوج من حال صداق زوجته البكر باقـرار والدها (وكيلها فى العقد) بقبضه بعد العقد لأن له ولاية القبض عنها ، فلا يسمع الدفع بزوال ولايته بعد العقد جريا على المألوف والمعتـاد من تسليم البنات الأبكار لآبائهن فى العقد والزواج واستحيائهن من التكلم فيه امامهن.

ان المقرر شرعا أن للأب ولاية قبض صداق ابنته البكر البالغة لجريان العادة بقبض الآباء أصدقة الأبكار ليجهزوهن بها مع اموال انفسهم من غير معارضة البنات فى ذلك لآبائهن ولاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء فكان الاذن منهن ثابتا دلالة نظرا الى ماذكر فيبرأ الزوج بالدفع اليه الى أن يوجد نهيها صريحا لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح . وقد نصوا ايضا على انهـا لو طالبت الزوج بالمهر فادعى دفعه للأب ولا بينة غير ان الأب اقر انه قبضـه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق او ثيبـا فلا ، لأن اقـراره حالة البكارة فى حالة ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة .

وحيث ان النهى عن القبض الذى اشار اليه وكيلها فلا يصح الالتفات اليه لأن للأب ولاية القبض ، وقد اقر به فيصدق فى ذلك وتبرأ ذمة الزوج به ، ولأن العادة مستقرة فى بلاد الأرياف عندنا تشهد بخلافه ، لأن البنات لا يسعهن نهى ابائهن عن قبض المهور استحياء واستسلاما للآباء فى موضوع الزواج الى ابعد من ذلك وهذا العرف معتبر قـرينة على ان هـذا الدفاع مجرد احتيال .

١١٥٧/٣٣ س ك اسكندرية (٣٤/١١/١٨) م ش ١٣٢/٥

(المبدأ ٢١) : اذا تأجل مقدم الصداق الى اجل لم يحل فليس للزوجة حق الامتناع عن الطاعة ـ لا قبل الحلول ـ ولا بعده .

حيث ان الورقة صريحة فى ان المبلغ الذى بها مشروط تأجيله الى اجل لم يحل بعد وقد دخل بها المستأنف برضاها فليس لها حق الامتناع عن الطاعة لا قبل حلول الأجل ولا بعده ، اما قبل حلول الأجل فلانها لما رضيت بتأجيله فقد اسقطت حقها فى استيفائه بالتأجيل فلا تملك الرجوع اليه لأن الساقط لا يعود ، واما بعد حلول الأجل فلأن المعقود عليه قد صار مسلما بالدخول وبالخلوة ايضا وبها يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع . (نص على ذلك فى الجزء الثانى من الهداية والعناية والفتح ص ٤٧٣ وفى الجزء الثامن من الدر المختار ورد المحتار ص ٥٥٤ ، ٥٥٥) .

٣٥/٣٤١ ك س اسيوط (٣٦/١١/٢٢) م ش ٢١٦/٤/٨

□■□

(المبدأ ٢٢) : طلب عاجل الصداق يثبت من تاريخ العقد .

طلب عاجل الصداق يثبت من تاريخ العقد ، فمضى اكثر من خمس عشرة سنة من غير طلب له مانع من سماع الدعوى كما يفهم من النص الفقهى .

٤٢/٦٤٠ ملوى (٤٣/١٠/٣٠) م ش ٤٦/٢/١٦

□■□

(المبدأ ٢٣) : اذا اتفق الزوجان على صيرورة ما قبضته المطلقة حقا لها فى مقابل تعويض وجزاء عند الاخلال بدفع القسط الأول فى ميعاده كان ذلك الاتفاق فاسدا .

ان شرط صيرورة المبلغ الذى قبضته المدعيه يوم الصلح حقا من حقوقها فى مقابل تعويض وجزاء عند الاخلال بوفاء القسط الاول فى ميعاده فهو شرط فاسد لأن العقد لا يقتضيه ولا يلائمه ، ولم يرد به شرع ، ولم يجر به عرف ويجعل المصالح عليه اكثر من المصالح منه قدرا مع اتحاد جنسهما فلا يجوز لأنه ربا لحمل الصلح على المعاوضة هنا وتعذر حمله على

استيفاء البعض واسقاط الباقى وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن (ص ٣٢ جزء ٦ من البدائع) .

٣٩/٥٤٢ كفر الزيات (٢١/٥/٤٠) م ش ١٩/١٩٣

□■□

(المبدأ ٢٤) : مطالبة الزوجة زوجها بباقى مقدم صداقها .

لا يمنع الزوجة من مطالبة زوجها بباقى مقدم صداقها اقرارها بانها ارتهنت ربع دار الكفيل نظير دينها المطلوب ولم تضع يدها عليها ، لأن هذا لا يؤثر فى دعواها شرعا .

٣٦/٤٢٢ فوه (١٨/١٠/٣٧) م ش ١٠/١٧٧

□■□

(المبدأ ٢٥) : اذ اقر الزوج بانه سلم عاجل الصداق لوكيل الزوجة وكذب فى اقراره تبقى ذمته مشغولة به .

اقرار الزوج بانه سلم عاجل الصداق الى وكيل الزوجة (اخيها فلان) مع ثبوت أن وكيلها فى العقد وقبض المهر آخر غيره قرينة على كذبه وان ذمته لاتزال مشغولة بباقى مقدم الصداق المشار اليه بالورقة العرفية .

٣٣/٨٩٥ الواسطى (١٨/١٠/٣٤) م ش ٦/١/١٩٢

□■□

(المبدأ ٢٦) : ما يتاكد به .

جاء فى البدائع فى باب ما يتاكد به المهر أن المهر يتاكد باحد معان ثلاثة الدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط منه شيء بعد ذلك الا بالأداء من صاحب الحق ، أما التاكد بالدخول فمتفق عليه ، أما التاكد بالخلوة فمذهبنا حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها فى نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى وان لم يكن فى النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل وتجب العدة بعد الخلوة عندنا .

٥١/١٤٤٦ السيدة (٢٦/١٢/٥١) م ش ٢٢/١٨٣

(المبدأ ٢٧) : المهر يتأكد بتمام الوطء وبالخلوة الصحيحة فى نكاح صحيح وبموت أحد الزوجين — الابراء من الصدق صحيح .

المنصوص عليه ان المهر يتأكد وجوبه بتمامه بالوطء وبالخلوة الصحيحة فى نكاح صحيح وبموت أحد الزوجين ، وورد فى الأشباه والنظائر فى باب لا يدخل فى ملك الإنسان شىء بدون اختياره ما نصه « ويستقر الصداق بالدخول أو الخلوة أو الموت أو وجوب العدة عليها منه — والمراد من استقراره الأمن من تشطره بالطلاق قبل الدخول وسقوطه بالردة وتقبيل ابن الزوج قبل الدخول ولا يتوقف استقراره على القبض » والابراء من الصداق صحيح لأنه إبراء من دين خاص معلوم مستقر فى الذمة .

٤٤/٢٣ الخليفة (٤٤/٢/١٠) م ش ٢٦٠/٩/١٦

□■□

(المبدأ ٢٨) : اذا ماتت الزوجة قبل الدخول تأكد بموتها كل المهر .

وحيث ان الزوجة ماتت قبل الدخول فقد تأكد بموتها كل المهر .

٣٥/٨١١ بيت غمر (٣٦/٧/٢٨) ت س م ش س ٢٢٣/٤/٨

□■□

(المبدأ ٢٩) : الاقرار لاحد البنات بحق مؤخر الصداق قبل الوفاة غير جائز لأنه وصية ، ولا وصية لوارث ما لم تجزها الورثة (١) — ولأنه ايصاء بغير مملوك — لأن مؤخر الصداق لا يحل الا باحد امرين الوفاة او الطلاق .

وحيث انه لاعتبار لما عهدت به المتوفاة للمستانف من جعل هذا المؤخر لبنتها عنه لخروجه مخرج الوصية ، والبنت وارثة ولم يجزه بقية الورثة ، ولأن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والتمليك يقتضى ثبوت الملك وقت التمليك ومؤخر الصداق يصير ميراثا للورثة ويكون موروثا لهم عن المتوفاه فكان ما صدر منها حال حياتها باطلا لا تلحقه الاجازة .

٣٥/٣٠٠ ي ك أسيوط (٣٦/١١/٢٤) م ش ٢١٢/٤/٨

---

(١) راجع المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ١٩٤٦/٧١ .

(المبدأ ٣٠) : مؤخر الصداق ليس سببه الارث ولا الوقف .

مؤخر الصداق ليس سببه الارث ولا الوقف — فاذا مضى على خلوله اكثر من حمسة عشر سنة ولم تطالب الزوجة به مع تمكنهـا من المطالبة — وعدم العذر الشرعى ، وانكار ورثة المتوفى له — كانت الدعوى غير مسموعة

٤/١٢٦ ايتاى البارود (٤١/٣/٨) ت س م ش ٧٠/٥/١٣

□■□

(المبدأ ٣١) : حق طلب مؤخر الصداق انما يثبت للزوجة بعد الموت او الطلاق لا من وقت النكاح .

ان الأعذار التى وردت فى كتب الفقه وان لم ترد على سـبيل الحصر فان الزوجية ليستعذرا تقاس علىالأعذار التى مثل بهـا الفقهاء ولأنه لا حائل يحول بين الزوجة وبين زوجها فى مخاصمتها له فى مهرها كمخاصمتها له فى نفقتها فان خيف على صرح الزوجية انهياره ان هى خاصمته فى مهرها فكيف ساغ للزوجة مخاصمتها لزوجها فى نفقتها ومداق الخصام واحد ، قال العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار فى كتاب القضاء ، ثم لا يخفى أن ترك الدعوى انما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها فلو مات زوج المراة أو طلقهـا بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح فلهـا طلب مؤخر المهر لأن حق طلبه انما يثبت لها بعد الموت او الطلاق لا من وقت النكاح .

٤٢/٦٤٠ ملوى (٤٣/١٠/٣٠) م ش ٤٦/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٣٢) : هل يحل مؤجل الصداق لأقرب الأجلين بمجرد الطلاق الرجعى أم لابد من انقضاء العدة — المطالبة بمؤخر الصداق لأقرب الأجلين يكون بعد الطلاق وانقضاء العدة .

حصل خلاف فى المذهب فى الصداق المؤجل لأقرب الأجلين هل يحل بمجرد الطلاق الرجعى ، أم لابد من انقضاء العدة — فقـد قال ابن عابدين جزء ٢ ص ٤٩٣ فى باب المهر فى مبحث منع الزوجة نفسها لقبض المهـر ما نصه « واختلف هل يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعى مطلقا او الى انقضـاء

العدة ، وجزم فى القنية بالثانى وعزاه الى عامة المشايخ » وقال صاحب الدر جزء ٢ ص ٥٠٩ فى الفروع التى ذكرها فى آخر باب المهر ما نصـه « المؤجل الى الطلاق يتعجل بالرجعى ولا يتاجل بمراجعتها » وقال ابن عابدين تعليقا على ذلك (قوله يتعجل بالرجعى أى مطلقا او الى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ) ــ وواضح من هذه النصوص أن عامة المشايخ قد ذهبوا الى ان المؤجل الى اقرب الأجلين لا يتعجل بمجـرد الطلاق بل لا بد من انقضـاء العدة وهذا هو الذى عليه عمل المحاكم .

حق المطالبة بمؤخر الصداق المؤجل لأقرب الأجلين انمـا يكون بعـد الطلاق الرجعى وانقضاء العدة .

١٢٦٢/٤٥ لجمالية (٤٦/٦/١٩) ت س م ش ٣٣١/١٩

□■□

(المبدأ ٣٣) : آجل الصداق يحل بوفاة الزوجة .

اجل الصداق يحل شرعا بوفاة الزوجة ويصبح تركة للمتوفاة .

١١٩٧/٥٠ الوالى (٥٠/١٠/٢٥) م ش ١٢٣/٢٣

□■□

(المبدأ ٣٤) : دين مؤخر الصداق قبل المطلق ليس اقـوى من دين المطلق قبل المطلقة الناشىء عن أخذها منه بطريق التنفيذ الاجبـارى ما لا تستحقه من النفقة .

ومن حيث ان المقاصة انما تعتمد طلب احـد الدائنـين اذا تسـاوى الدينان قوة وضعفا أو طلب ذى الدين الأقوى اذا اختلف الدينان فى ذلك وقد ثبت دين مؤخر الصداق باتفاقما ، كما ثبت دين المدعى عليه من قبضها المبلغ المذكور بطريقة التنفيذ الاجبارى مع عدم وجـوبه عليـه اذ لا تجب للمعتدة كسوة الا بشرط طول العدة ، وقد ثبت انقضاء عدتها ــ فيكون ما قبضته بعد ذلك واجب الرد الى المدعى عليه وتبقى ذمتها مشغولة به حتى تقضبه بمثله ، ومن حيث أن دين المدعى عليه لدى المدعية ليس أقل شـانا من دينها عنيه ولا فائدة من تكليف كل قضاء دين الآخر بمثله فيجب وقوع المقاصة بطلب المدعى عليه .

٢٢٤/٣١ السويس (٣١/٤/١) ت س م ش ٦٣٣/٩

(المبدأ ٣٥) ـ الطلاق البائن يحل به مؤجل الصداق ولو قبل انقضاء العدة لكن اذا كان مقسطا علىأقساط او مؤجلا الىاجل فلا يحل الا بحلول اقساط او اجله .

الطلاق البائن يحل به مؤجل الصداق ولو قبل انقضاء العدة لزوال الملك والحل ، ولم يحك خلاف ذلك بين الفقهاء ، لكن اذا كان مقسطا على اقساط او مؤجلا الى اجل فلا يحل الا بحلول اقساطه او اجله (ص ٤٥٠ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين) .

٣٩/٤٥٣ كفر الزيات (٤٠/٥/٢١) م ش ١٩٢/١٩

□■□

(المبدأ ٣٦) : ـ نفقات تجهيز وتكفين ونقل الزوجة المتوفاة لا يكون من مؤخر صداقها بل يكون على زوجها وحده لا يشاركه فى ذلك احد كما لا يشاركه فى نفقتها وقت حياتها احد .

اختلف الفقهاء فيما يلزم لتجهيز الزوجة اذا ماتت فى حياة زوجها ، فقال ابو يوسف هو على زوجها مطلقا سواء كانت غنية او فقيرة وسواء وجد من اقاربها من تجب عليه نفقتها أو لا لأن نفقة الزوجة واجبة على زوجها مطلقا وتجهيزها مننفقتها وقالمحمد ان كانلها تركة فنفقات تجهيزها على من تجب عليه نفقتها من أقاربها وقول ابو يوسف هو المفتى به فقد جاء بالدر المختار وجوب كفنها عليه عند الثانى « وان تركت مالا » خانية ورجحه فى البحر بانه الظاهر لأنه ككسوتها وجاء بحاشية ابنعابدين رد المحتار جزء أول ص ٦٣ تعليقا على ذلك « قوله عند الثانى » أى أبى يوسف وأما عند محمد فلا يلزمهلانقطاعالزوجية بالموت . وفى البحر على المجتبى انه لا رواية عن أبى حنيفة لكن ذكر فى شرح الفنية عن شرح السراجية لمصنفها ان قول أبى حنيفة كقول ابو يوسف وجاء به ايضا والذى اختاره فى البحر لزومه موسرا أو لا انها مال او لا لأنه ككسوتها وهى واجبة عليه مطلقا ـ ومن ذلك يرى أن ظاهر الرواية والقول المفتى به هو قول ابى يوسف من ان ما يلزم لتكفينها وتجهيزها على الزوج مطلقا .

١١٩٧/٥٠ الوايلى (٥٠/٣/٢٥) ت س م ش ١٣٢/٢٣

(المبدا ٣٧) : مؤخر الصداق دين فى تركة المتوفى .

مؤخر الصداق دين فى تركة المتوفى ، فالقول بسداده لمن لاحق له فيه لا يمنع من تنفيذ الحجز المتوقع بخصوصه ، لعدم براءة ذمته .

١٠١/٣٦ مغاغة (٢٧/١/٢) م ش ٢٢٣/٤/٨

□■□

(المبدا ٣٨) : متى ثبت مؤخر الصداق فى ذمة المتوفى ، وحلف الطالب بعدم علمه باستيفاء ابنته لمؤخر صداقها ، حكم له بما يستحقه فى ذلك .

حيث تبين من الوثيقة صدق المدعى وقد حلف على عدم علمه بايفاء المدعى عليه لبنته المتوفاة شيئا من هذا الدين وللمدعى الحق فيما طلب .

٧٧٨/٢٥ ابنوب (٣٧/٤/٣) ت س م ش ٢٣٧/٤/٨

□■□

(المبدا ٣٩) : ادعاء ان المهر المذكور بوثيقة الزواج هو مهر العلانية وان الواجب هو مهر السر هو من قبيل ادعاء الكذب فى الاقرار لا يقبل الا بدليل كتابى .

□■□

ذهب الامام ابو حنيفة ومحمد الى أن المقر لا يقبل منه دعوى الكذب فى الاقرار ويعامل باقراره ولا يحلف المقر له للمقر سواء كان مضطرا فيه اولا - ومن الاقرار مضطرا اى تلجئه - مسألة مهر السر ومهر العلانية فان الاقرار فيها بمهر العلانية انما هو تلجئه اقتضته السمعة لا غير وهو اقرار غير مطابق للواقع فيدخل فى تعريف الكذب ينظر ابن عابدين ص٤٧٧ ، ٤٧٨ ج ٤ من كتاب الاقرار وغيره من كتب المذهب والواضح أن مذهب الطرفين يقضى بمعاملة المقر مطلقا أى ولو استند فى دعواه الكذب الى دليل كتابى .

١٤٧٤/٤٤ أسيوط (٤٦/١/٣٠) م ش ٨٣/٢٢

(المبدأ ٤٠) : تناقض الزوج فى قيمة المهر .

اقرار الزوج امام محكمة أول درجة بقيمة معينة للمهر وتمسكه بعده بالورقة الدالة على أن المهر أكثر مما أقر به يجعله متناقضا فى أقواله .

٣١/١٩٤١ ك س مصر (٣٧/٨/٢) م ش ٩١٣/١٩

□■□

(المبدأ ٤١) : لا يحكم على من كانت مخطوبة بشىء (صداق وشبكة) اذا ثبت ان الدفع كان للأم وهى لم توكلها فى القبض ولم تفوض اليها الاستيلاء على شىء من ذلك بالنيابة عنها لعدم صحة المطالبة ولا التزام لانعدام مثبت الوكالة شرعا أو عرفا وعدم الولاية على المال .

قرر الفقهاء ان الوكالة لا تثبت ولا تترتب عليها آثارها الا بايجاب من الموكل أى بلفظ يدل عليها ، ولا تثبت عرفا لأن ثبوتها بالعرف يكون نوعا من الولاية على المال وهى لا تكون للأم طبقا للنصوص الشرعيـة التى تقضى بانه ليس لغير الأب والجد والقاضى قبض مهر البكر بدون وكالة او وصـاية ، ففى الهندية « للأب والجد والقاضى قبض مهر البكر كبيرة أو صغيرة الا اذا نهته وهى بالغـة صـح النهى وليس لغـيرهم ذلك » أ.هـ. قال ابن عابدين ويشكل قوله « وليس لغيرهم » فالأم ليس لها القبض الا اذا كانت وصيه .

٣٩/٢٣٢٣ ك س مصر (٤٠/١٢/٢٦) م ش ٥٣/٩/١٢

□■□

(المبدأ ٤٢) : تلزم الأم برد ما استولت عليه من صـداق ابنتهـا وشبكتها عند عدم اتمام عقد الزواج ولا عبرة بالقول بانه دفع اجزاء متفرقة ـ على انه نفقة للمخطوبة مما يوجب ايضا على فرض التسليم بصحته رد ما استولت عليه شرعا لتزوجها بغير الخاطب .

لا عبرة بما قيل من أن المبلغ دفع أجزاء متفرقة على انه نفقة لبنتهـا المخطوبة لأنه حتى مع التسليم بانه كان نفقة فانه يجب رده أيضا طبقـا لما هو منصوص عليه شرعا واعتمده الامام قاضيخان فى الخـيرية من كتـاب النفقات « سأل فيمن خطب امراة وانفق عليها وعلمت انه ينفق ليتزوجها فتزوجت من غيره فاجاب بانه يرجع أ.هـ ...

٣٩/٢٣٢٣ ك ش مصر (٤٠/١٢/٢٦) م ش ٥٣/٩/١٢

(المبدأ ٤٣) : الشبكة هدية ــ والهدية هبه والهبــة لا ترد متى ثبت التصرف فيها .

لا نزاع بين الفقهاء على أن الشبكة هدية والهدية هبة وخروجهـا عن ملك الموهوب له او هلاكها أو استهلاكها مانع من الرجوع فيها .

٣٣/٥٤ كفر الشيخ (٣١/١١/١٢)   م ش ١٧١/١٠

□■□

(المبدأ ٤٤) : اذا كانت الشبكة مالا فاشترى به جهازا او حليـا او استبدل بها غيرها ــ اعتبر ذلك تصرفا فيها لاهلاكها و استهلاكا ــ ويجب رفض دعوى طلب ردها ليكون ذلك درسا للمتعجلين .

جاء فى تكملة بابن عابدين جزء ثان ص ٣٥١ تعليقا على ما جاء فى المتن وخروج الهبة من ملك الموهوب له ما يأتى «لأنه اى الخروج حصل بتسليط الواهب فلا ينقضة واطلق فى الخروج فيشمل ما اذا وهب لانســان دراهم ثم استقرضها منه فانه لا يرجع فيها » فهذا التمثيل يرجح تطبيق هــذه الحادثة على خروج الموهب من ملك الموهوب له خصوصــا اذا انضــم الى التصرف فى النقــود تصرف فى عين وهي الدبلتــان ــ وقد ثبت أن المــدعى تصرف فى هذه الخطوبة تصرفا غــير رشــيد باتفاقه مع اهل المخطــوبة على الزواج بها وتقديمه شبكة وطلبه رؤيتها وقد راها بحضور والدهــا الذى هيأ لها بعض جهازها بناء على تلك المقدمات كل ذلك بدون رغبة اهله وقــد اضطر الى العدول عن هذا الزواج نزولاء على آرائهم »، فمثل هذا يجب ان يكون الحكم عليه درس له ولأمثاله الذين يتعجلون فى الأمور الهامة كالزوجية وامثالها فيترتب على تسرعهم احداث المتاعب لأنفسهم وايلام عزة العائلات فى منازلها خصوصا وان الوجه الشرعى والعرف والعادة يقضيان بعدم اجابة طلبه .

٣٣/٥٤ كفر الزيات (٣٢/١١/١٢)   م ش ١٧١/١٠

□■□

(المبدأ ٤٥) : دلالة الورقة العرفية المحرر بمبلغ للزوجة على زوجها بخط المأذون بتاريخ عقد الزواج على أن هذا المبلغ عاجل صداقها .

كتابة الورقة العرفية المحررة بمبلغ للزوجة على زوجها بخط المأذون وتوريخها بتاريخ يوم العقد عليها دليل على ان هذا المبلغ من عاجل صداقها ولا يتنافى هذا مع الوارد بقسيمة الزواج من قبض عاجل الصداق جــريا

على العرف والعادة ويكون الاقرار الوارد بقسيمة الزواج اقرارا كاذبا بدلالة الورقة العرفية حيث ثبت من الورقة العرفية أن المدعى اعترف فيها بأن طرفه لزوجته المدعى عليها مبلغا تسلمه منها نقدا فى تاريخ عقد الزواج كما هو ثابت بالوثيقة واتحاد التاريخين وكتابة الورقة العرفية بخط المأذون دليل على أن هذا الدين هو باقى معجل الصداق اذ لا سبب لهذا الدين سواه وقد جرى العرف على ذلك . وغير معقول أن يستدين الزوج من زوجته يوم العقد عليها فان هذا يتنافى مع العرف وتأباه التقاليد فيتعين أن يكون الدين الوارد بالورقة العرفية ،، هو باقى مقدم الصداق .

٨٩٥/٣٣ الواسطى (١٨/١٠/٣٤) م ش ١٤٢/١/٩

□■□

(المبدأ ٤٦) : تحرير الزوج على نفسه وقت عقد الزواج سندا بما يساوى المهر قرينة قاطعة على أن المبلغ الوارد بالسند هو المهر .

تحرير الزوج على نفسه فى نفس الوقت الذى يحصل فيه عقد الزواج سندا بما يساوى المهر باسم الزوجة أو من يلى قبض صداقها شرعا مع عدم بيانه وجها مقبولا لتحرير هذا السند قرينة قاطعة فى أن المبلغ المحرر بالسند هو المهر فلا تجبر الزوجة حينئذ على الطاعة حتى تستوفى عاجل صداقها مما جاء فى هذا السند .

٤٢٤/٩٣٠ ك س المنصورة (٣/١١/٣١) م ش ٢٦١/٣

□■□

(المبدأ ٤٧) : الخصومة فى مؤخر الصداق بسبب الوفاة لا تشمل دعوى الوراثة اذا لم يكن ذلك من ضمن المدعى به .

الخصومة فى مؤخر الصداق بسبب الوفاة لا تشمل دعوى الوفاه والوراثة اذا لم يكن ذلك من ضمن المدعى به .

٨١٧/٣٠ شبين القناطر (١٩/١٠/٣١) م ش ٥٥٢/٣

□■□

(المبدأ ٤٨) : دعوى دين الصداق تسقط بمضى خمس عشرة سنة .

دين الصداق ولو فى دعوى الوفاة والوراثة تسقط دعواه بمضى خمس عشرة سنة .

٨٥٨/٣٨ أسيوط (٢٥/١٠/٣١) م ش ٥٥٢/٤/٣

موطن

(المبدأ ١) : الوطن فى الشريعة الاسلامية ـ معناه .

الرأى عند فقهاء الشريعة الاسلامية على أن الوطن الأصلى هو موطن الانسان فى بلدته ، أو فى بلدة أخرى اتخذها دارا توطن فيها مع أهله وولده وليس فى قصده الارتحال عنها ، وان هذا الوطن يحتمل التعدد . ولا ينتقض بموطن السكن ، وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن « محل الاقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » .

نقض ١١/٣٧ ق (٢٥/١١/٧٠) س ٢١ ص ١١٦٢

◻◼◻

(المبدأ ٢) : الوطن ـ ماهيته ـ تقدير توافر عنصر الاعتياد مجرد اعلان الخصم فى مكان معين لا ينهض دليلا على اتخاذه موطنا والاستيطان بمحل الاقامة من مسائل الواقع .

الموطن هو المحل الذى يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد والاستيطان وان تقرير هذين العنصرين هو من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ، مجرد اعلان الصحيفة فى المكان الذى أورده فيها الطاعن لا ينهض حجة على اتخاذه موطنا للمطعون عليها وتوافر الاعتياد والاستيطان .

نقض ٤٨٧/٢٩ ق س ٢١ ص ٦٧٨ ح ١

◻◼◻

(المبدأ ٣) : الوطن الأصلى .

الموطن الأصلى طبقا للرأى السائد فى الفقه الاسلامى هو موطن الانسان فى بلدته أو فى بلدة أخرى اتخذها دارا توطن فيها مع أهله وليس فى قصده الارتحال عنها وان هذا الوطن يحتمل التعدد ، ولا ينتقض بموطن السكنى وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن « محل الاقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما عادة فيه » . وتقدير قيام عنصر الاستقرار بنية الاستيطان من مسائل الواقع الذى يستقل بتقديره قاضى الموضوع .

نقض ٣٠/٥٢ ق (١٩٨٣/٥/٢٤)

(المبدأ ٤) : الوطن ثلاثة اقسام ، وطن اصلى ووطن سكنى ــ للزوجة ان تتخذ لنفسها موطنا اصليا غير وطنها الأصلى وغير وطن الزوجية مادامت لم تستوف عاجل صداقها .

نص الفقهاء على ان الوطن ينقسم الى ثلاثة اقسام : وطن اصلى ، ووطن اقامة ووطن سكنى ، فاما الوطن الأصلى : فهو يشمل على ثلاثة انواع : النوع الأول الوطن الذى ولد فيه الشخص والنوع الثانى الوطن الذى تزوج فيه والنوع الثالث الوطن الذى اعتزم القرار فيه وعدم الارتحال عنه ، وهذا النوع الأخير اهم الأنواع الثلاثة وهو المقصود من المادة (٢٠) من اللائحة ــ واما وطن الاقامة فهو ما خرج اليه بنية الاقامة من نصف شهر فما فوق ــ واما وطن السكنى فهو ما خرج اليه بنية الاقامة أقل من نصف شهر فيؤخذ من هذا ان الشخص اذا خرج من وطن ولادته أو وطن تأهله الى بلد آخر واعتزم القرار فى هذا البلد صار وطنا اصليا له ، ونص الفقهاء أيضا على أن الزوجة اذا خرجت مع زوجها الى بلد واعتزمت الاقامة بها ولم تنشأ العودة معه فان كان لم يوفها عاجل صداقها فلها ذلك وحينئذ يكون هذا البلد وطنا اصليا لها ، جاء فى الدر المختار ص ٥٣٣ جزء أول ما نصه : « والمعتبر نية المتبوع لأنه الأصل لا التابع كامرأة وفاها مهرها المعجل والا فلا يكون تابعا لأن لها أن تحبس نفسها عن الزوج دون المؤجل ولا تسكن حيث يسكن : وقلت وفيه ان هذا شرط لثبوت اخراجها وسفره بها على أحد القولين وكلامنا بعده ولهذا قال فى شرح للقنية « والأوجه أنها تبع مطلقا لأنها اذا خرجت معه للسفر لم يبق لها أن تتخلف عنه وقد يجاب بانها اذا ثبت لها حبس نفسها عن اخراجها من بلدها لأجل استيفاء معجلها فكذا ثبت لها اذا وصلت الى بلدة او قرية فتصح نيتها الاقامة بها لأنها حينئذ غير تبع له » فيؤخذ من مجموع هذه النصوص أن للمستأنف عليها الحق فى أن تتخذ الاسكندرية وطنا اصليا لها مادامت لم تستوف عاجل صداقها .

٣١/٥٤٤ س ك اسكندرية (٣٢/٥/٢٩) م ش ٨٦٤/٣

□■□

(المبدأ ٥) : الوطن المختار وطنان اصلى واقامة .

ذكر الفقهاء أن الوطن وطنان ، ؛وطن اصلى ووطن اقامة ، فالوطن الأصلى هو وطن الولادة أو موطن التزوج او موطن قد عزم على القرار فيه وعدم الارتحال منه . واما وطن الاقامة ويسمى الوطن المستعار والحادث وهو ما خرج اليه بنية اقامة خمسة عشر يوما فاكثر وقد ينقل الموظف من بلد الى آخر على سبيل العزم على القرار فيه وعدم الارتحال منه فيكون البلد المنقول اليه وطنا اصليا وشأن كل موظف ينقل نقلا نهائيا .

٣٠/٣٩٩ ببا (٣١/٥/٢٥) ت س م ش ١٦٦/٣

(المبدأ ٦) : اتخاذ الخصم موطنا مختارا . وجوب اخطار خصمه عند الغائه والا صح اعلانه فيه .

اتخاذ موطن مختار جديد اثناء سير الدعوى ، لا يعد دليلا على الغاء الموطن السابق ما لم يخطر الخصم صراحة بهذا الالغاء .

مؤدى نصوص المواد ١٠ ، ٢/١٢ ، ٦٣ مرافعات والمادة ١/٤٣ من القانون المدنى يدل على انه وان كان الأصل ان يتم اعلان الاوراق القضائية فى الموطن الأصلى للخصم ، الا ان المشرع اجاز اعلانها فى الموطن المختار ان وجد اذ انه اجاز للخصوم فى الدعوى اتخاذ موطن مختار لهم تعلن فيه الاوراق المعلقة بذات الدعوى . واوجب على المدعى ان يبين فى صحيفة دعواه موطنا مختارا فى البلد الكائن بها مقر المحكمة ان لم يكن له موطن أصلى فيها ، فاذا اتخذ الخصم موطنا مختارا ، ورأى الغاءه وجب عليه أن يخبر خصمه صراحة بذلك والاصح اعلانه فيه ، ولا ينهض مجرد اتخاذ الخصم موطنا مختارا جديدا أثناء سير الدعوى دليلا على الغاء الموطن المختار السابق ما لم يخبر خصمه صراحة بهذا الالغاء اذ ليس ثمة ما يمنع قانونا من أن يكون للخصم اكثر من موطن أصلى أو مختار .

نقض ٤٧/١٣٣٩ س ٣١ ص ١١٧٣ ح١

□■□

(المبدأ ٧) : اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين ـ أثره . تغيير هذا الموطن يجب الافصاح عنه .

تنص المادة ٤٣ من القانون المدنى على انه « ١ ـ يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين .. ٢ ـ والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل » وتنص المادة ١٠ من قانون المرافعات على ان « تسلم الاوراق المطلوب اعلانها الى الشخص نفسه او فى موطنه ويجوز تسليمها فى الموطن المختار فى الاحوال التى بينها القانون » لما كان ذلك وكان قول الطاعن بأن اقامته فى الخارج تعد بمثابة اتفاق ضمنى على تغيير الموطن المختار المتفق عليه بعقد الايجار مردود بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون المرافعات من انه « اذا الغى الخصم موطنه الأصلى أو المختار ولم يخبر خصمه بذلك صح اعلانه فيه » وبما جرى عليه قضاء النقض من انه اذا كانت المادة ٤٣ من القانون المدنى تشترط الكتابة لاثبات الموطن المختار ، فان أى تغيير لهذا الموطن ينبغى الافصاح عنه بالكتابة والا صح الاعلان فى ذلك الموطن ولو ثبت تغييره فعلا وعلم طالب الاعلان بذلك .

نقض ٤٦/٢٧ ق س ٣١ ص ٩٦٧ ح ١

(المبدأ ٨) : محل الاقامة فى القانون يشمل ما يعبر عنه فى الشريعة الاسلامية ، بالوطن الأصلى وهو محل الأهل والعشيرة ــ يتعدد الوطن الأصلى فكذا محل الاقامة ، ليس محل الاقامة ، المحل الوقتى كالمصيف ومحل الاستشفاء الوقتيين .

ان محل الاقامة بلسان القانون يشمل ما يعبر عنه بلسان الشريعة بالوطن الأصلى وهو محل اقامة الاهل والعشيرة ومن حيث ان الوطن الأصلى مما يتعدد كما هو ثابت فى كتب الشريعة الاسلامية فكذلك محل الاقامة . فاذا كانت امها بمصر ووالدها بالاسكندرية وموظف بهما فايان نذهب وتمكث بينة الاقامة فهو محل اقامة لهما ووطن لها ، واذا كان لهما سكن خاص فهو محل اقامة ثالث وقت اقامتها به واذا كان لها محل اعمال تقيم فيه عادة واقامت فيه فهو محل اقامة رابع ــ وهكذا وكلها فى عرف القانون محال اقامة اذ هو المحل الذى يعتبر الانسان مقيما فيه عادة . وأما الذى لا يقيم فيه عادة بل يعتبر ساكنا فيه على نية المفارقة كالمصيف ومحل الاستشفاء الوقتيين ونحو ذلك فلا يعتبر من محال الاقامة ، كما لا يعتبر موطنا أصليا فى عرف الشريعة الاسلامية .

٣٧/٦٠٩ س ك اسكندرية (٣٨/٩/١١) م ش ٦٩/١٠

□■□

(المبدأ ٩) : ليس فى لائحة المحاكم الشرعية ما يمنع تعدد محل الاقامة .

ليس هناك ما يمنع قانونا من تعدد محل الاقامة وخصوصا لمثل هؤلاء الخصوم وقد نصت المادة ٢٠ من اللائحة على أن محل الاقامة هو المحل الذى يعتبر الشخص مقيما فيه عادة ولاشك أن العادة جرت بأن الزوجة تقيم مع زوجها ومفروض فى زوجها الاقامة بدائرة هذه المحكمة لأنه شيخ بلد كما جرت العادة أيضا بأن كل مالك يكون له محل اقامة بملكه .

٣٧/٧٤١ فاقوس (٣٨/١٢/٣١) ت س م ش ٥٨٨/١٠ ٤

□■□

(المبدأ ١٠) : وجوب تطبيق القانون الداخلى بشأن تعريف الوطن فى تحديد الاختصاص الخارجى .

المقصود بتعريف الوطن فى المادة ٤٠/١ من القانون المدنى انما هو الوطن فى القانون الداخلى الا انه فى تحديد الاختصاص الخارجى يطبق القاضى قانونه الداخلى بشأن الوطن .

نقض ٢٥/٥٤ ق (٥٦/١/١٢) س ٧٤/٧

نسب
نشــوز
نظــام عــام
نفقــة اصول
نفقة اقارب
نفقــة زوجيــة
نفقــة صــغير
نفقة فروع
نقض
نكاح
نيابة عامة

نسب

(المبدأ ١) : الولد للفراش الحقيقى .

الولد للفراش الحقيقى ، وان كان فاسدا فان الوطء فيه بشبهة فيثبت به النسب ، أما الباطل فالوطء فيه زنا لا يثبت به النسب . وقد نص فى الجزء ١٧ من المبسوط على أن من أقر انه زنى بامراة وان هذا الولد من الزنى وصدقته المراة فان النسب لا يثبت من واحد منهما . وان من أقر بأنه زنى بامرأة نكاحا فاسدا أو جائزا لم يثبت النسب منه .وذكر الزيلعى أن المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل . وقد نصوا على أن شبهة الفعل لا يثبت فيها النسب وان ادعاه الزوج وصرح ابن ملك فى شرح المجمع بأن من وطىء امراة زفت اليه وقيل له انها امراته فهى شبهة فى الفعل وأن النسب يثبت اذا ادعاه فان كان هذا حال المتوتة والمزفوفة فى عدم ثبوت النسب ولو بدعوى الزوج على راى الزيلعى فى المبتوتة أو بثبوته بالدعوى فى المزفوفة على راى ابن ملك . ذكر فى الفتح أن ثبوت النسب يتوقف على الفراش ، وهو يثبت مقارنا للنكاح وفى رد المحتار لا يقال أن النسب يثبت عند الاطلاق لأنه حق الولد فيحتاط فى اثباته نظرا للولد لأنا نقول أن ذلك عند قيام العقد .

٩٤٦/١٦٨٠ ك س مصر (٤٨/٥/٩) م ش ١٩٩/٢٠

□■□

(المبدأ ٢) : الولد للفراش .

الولد للفراش فمتى ثبتت الزوجية والطلاق وجاءت بالولد لأقل من سنة من تاريخ الطلاق كان الولد ثابت النسب لصاحب الفراش .

٥١/٤٨٣ ميت غمر (٥٢/٤/١٥) م ش ٤٢٧/٢٣

□■□

(المبدأ ٣) : اساس قاعدة الولد للفراش .

اساس الأخذ بقاعدة (الولد للفراش) ولادة الزوجة او المطلقة له ثم امكان العلوق به من الزوج فى زمن لا يقل عن ستة اشر من تاريخ الزواج ولا يزيد على سنة من تاريخ الطلاق .

٤٧/٢١٩ س ك مصر (٥٣/٤/١) م ش ٨٥٥/٣

(المبدأ ٤) : من الأصول المقررة ان الولد للفراش . مناط صيرورة الزوجة فراش هو العقد مع مجرد امكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول او عدم تحققه .

من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الاسلامية ان الولد للفراش واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراش على ثلاثة اقوال احداهما انه نفس العقد وان لم يجتمع بها بل لو طلقها عقيبه فى المجلس ، والثانى انه العقد مع امكان الوطء والثالث انه العقد مع الدخول المحقق لا امكانه المشكوك فيه ، وقد اختار المشرع بالمرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ الرأى الثانى بما نص عليه فى المادة ١٥ منه على انه « لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة اتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا اتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة ، وهذا يدل على أن المناط فيما تصير به الزوجة فراشا انما هو العقد مع مجرد امكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول او عدم تحققه .

نقض ٣٦/٤ ق (٧٠/٢/١١) س ٢٩٣/٢١

□■□

(المبدأ ٥) : ثبوت نسب الولد من الزوج بالفراش ـ شرطه .

المقرر شرعا انه فى حال قيام الزوجية الصحيحة ، اذا اتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج ، وكان يتصور الحمل من الزوج ، بأنه كان مراهقا او بالغا ـ ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة الى اقرار أو بينة ، واذا نفاه الزوج فلا ينتفى الا بشرطين الأول ان يكون نفيه وقت الولادة والثانى ان يلاعن امرأته ، فاذا تم اللعان بينهما مستوفيا شروطه ، فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن ابيه والحقه بامه .

نقض ٤١/١٠ ق (٧٥/٢/٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٦) : النسب يثبت بالفراش .

النسب يثبت بالفراش ، واذ كان يبين من الحكم المطعون فيه انه

اقام قضاءه بأن نسب الصغيرة من الطاعن ثبت بالفراش ، واستند فى ذلك الى اقوال شاهدى المطعون عليها ، واضاف الى هذه البينة الشرعية سكوت الطاعن عن نفى النسب من تاريخ ولادة البنت فى يولية سنة ١٩٦٢ حتى سبتمبر سنة ١٩٦٤ ، واقدامه على الزواج الرسمى من المطعون عليها فى سنة ١٩٦٤ بعد ولادتها للصغيرة وكان ما استقر عليه الحكم يكفى لحمله فان النعى عليه بالقصور يكون على غير اساس .

نقض ٣٩/٢٤ (٧٣/٥/٢٣) س ٨١٦/٢٤

□■□

(المبدأ ٧) : الفراش على اربع مراتب واقوى هذه المراتب فراش معتدة البائن .

المقرر شرعا ان الفراش على اربع مراتب ـ ضعيف وهو فراش الأمة فلا يثبت النسب فيه الا بالدعوة ومتوسط وهو فراش ام الولد ويثبت فيه النسب بلا دعوة لكنه ينتفى بالنفى ، وقوى وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فان النسب يثبت فيهما ولا ينتفى الا باللعان . واقوى وهو فراش معتدة البائن فان الولد لا ينتفى فيه أصلا لأن نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية ص ٦٤٨ ج ٢ ابن عابدين فاذا جاءت معتمدة البائن بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه بلا دعوة احتياطا ما لم تقر بانقضاء العدة قبل الوضع (باب ثبوت النسب) ، (راجع المادة ١٥ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩) .

٣٩/١٩٧ شبرا (٤٠/٦/٤) ت س م ش ٧٣/١/١٤

□■□

(المبدأ ٨) : اقوى انواع الفراش المطلقة بائنا .

ان القضاء مظهر للحق لا مثبت له وانه دليل ما فى الواقع ظاهرا كما فى الفواكه البدرية لابن الفرس » ـ وقد تقوى هذا الفراش بالطلاق البائن لأن اقوى انواع الفراش فراش المطلقة بائنا كما فى شرح الدر المختار فى باب الاستيلاد ومذهب ابى حنيفة أن النسب يثبت بمجرد العقد الصحيح .

٢٧/٨٢٠ سمالوط (٢٨/٥/١٧) م ش ٦٥٤/٢

(المبدأ ٩) : يثبت النسب بالفراش الصحيح وملك اليمين ، وما يلحق به ـ الزنا لا يثبت النسب ـ ما تصير به الزوجة فراشا .

من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية أن الولد للفراش وقد فرع الفقهاء على هذا الأصل ان النسب يثبت بالفراش الصحيح ـ وهو الزواج الصحيح ـ وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهه ـ كما فرعوا عليه أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت السبب ، ورتبوا على ذلك ان الزنا لا يثبت نسبا ، واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة اقوال أحدهما انه نفس العقد وان لم يجتمع بها ولو طلقها عقيبه فى المجلس والثانى أنه العقد مع امكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا امكانه المشكوك فيه .

نقض ١٠/٢٩ ق (٦٢/١/١٧) س ٧٢/١٢

□■□

(المبدأ ١٠) : يثبت النسب بالفراش والاقرار ـ كما يثبت بالبينة .

يثبت النسب بالفراش والقرار كما يثبت بالبينة ـ فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بثبوت النسب على دعامات عدة من بينها شهادة الشهود الذين شهدوا باسلام الطاعن واستخلص منها ما يتفق والثابت فى محضر التحقيق، وكان الدليل المستمد من شهادة الشهود يكفى لحمله ، وكان استخلاص الواقع منها أمرا يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل ، فان النعى عليه يكون غير منتج ولا يغير من ذلك ما اورده الحكم بشأن ثبوت النسب مع اختلاف الدين فهو افتراضى جدلى لم يقم عليه قضاءه .

نقض ٢٩/٢٠ ق (٦٢/١٢/١٩) س ١١٤٧/١٣

□■□

(المبدأ ١١) : النسب يثبت بالفراش الصحيح وبالاقرار وبالبينة.

النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالاقرار والبينة ، غير ان الفراش فيه ليس طريقا من طرق اثباته فحسب ، بل يعتبر سببا مشئا له ، اما البينة والاقرار فهما امران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته .

نقض ١١/٤٤ ق (٧٦/٢/٤) س ٢٧

(المبدأ ١٢) : النسب يثبت بالفراش او الاقرار او البينة . لا يشترط لقبول البينة فى النسب معاينة واقعة الميلاد او حضور مجلس العقد .

النسب كما يثبت بالفراش أو الاقرار يثبت بالبينة ، بل ان البينة فى هذا المجال اقوى من مجرد الدعوى أو الاقرار .ولا يشترط لقبولها معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد ان كان وانما يكفى أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعى .

نقض ٤٧/٣٨ ق　　　　س ٣١ ص ٧٤٧ ح ١

□■□

(المبدأ ١٣) : النسب حق للولد ـ عدم تصديق الزوجين فى ابطاله .

النسب حق للولد فلا يصدق الزوجان فى ابطانه ولو تعاونا على انه لم يحصل وطء ، ومن ثم فان اقرارهما أو أحدهما بعدم الدخول والخلوة لا يتعدى اليه ولا يبطل حقه .

نقض ٣٥/٢٢ ق (٦٧/٣/١٥)　　　　س ٦٥٧/١٨

□■□

(المبدأ ١٤) : الولد للفراش ـ ما تصير به المرأة فراشا .

الأصول المقررة فى فقه الشريعة الاسلامية أن الولد للفراش واختلفوا فيما تصير به المرأة فراشا فى ثلاثة أقوال أحدهما أنه نفس العقد وان لم يجتمع الزوج بها او طلقها عقيبه فى المجلس . والثانى انه العقد مع امكان الوطء والثالث انه العقد مع الدخول الحقيقى لا امكانه المشكوك فيه . والقول بأن معنى التلاقى هو الاتصال الجنسى يؤدى الى أن الفراش لا يثبت الا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده الشارع بالمادة ١٥ من القانون ١٥ سنة ١٩٢٩ .

نقض ٢٥/٢٢ ق (٦٧/٣/١٥)　　　　س ٦٥٧/١٨

(المبدأ ١٥) : النسب حق أصلى للام وللولد ـ تعلق حق الله تعالى به والأم لا تملك اسقاط حقوق ولدها او المساس بحقوق الله تعالى .

من المقرر فى قضاء النقض انه وان كان ثبوت النسب حق أصلى للام لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، أو انها تعير بولد ليس له أب معروف ، فهو فى نفس الوقت حق أصلى للولد ، لأنه يرتب له حقوقا بينها الشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والارث ، ويتعلق بها ايضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها ، فلا تملك الأم اسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى . واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر « ان الاعتراف المنسوب الى المطعون عليها بانكار نسب البنت لا يؤثر على حق الصغيرة فى ثبوت النسب ولا يدفع ما ثبت بالبينة الشرعية » فان النعى عليه يكون فى غير محله .

نقض ٥٤/٣٩ ق (٧٣/٥/٢٣) س ٨١٧/٢٤

□■□

(المبدأ ١٦) : ثبوت النسب بالفراش الصحيح . الوعد او الاستيعاد لا ينعقد بهما زواج .

من الأصول المقرر فى فقة الشريعة الاسلامية ان النسب يثبت بالفراش الصحيح ، وهو الزواج الصحيح وملك اليمين وما يلحق به ، وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة وان الوعد او الاستيعاد لاينعقد بهما زواج باعتبار الزواج لايصح تعليقه بالشرط ولا اضافته بالمستقبل .

نقض ٢٥/٤٦ ق س ٢٩ ص ١٣٧٩

□■□

(المبدأ ١٧) : النسب فى جانب المراة يثبت بالولادة وفى جانب الرجل يثبت بالفراش وبالاقرار وبالبينة .

النسب فى جانب المراة يثبت بالولادة ولا مرد لها ، وهو اذا ثبت يلزم ولا يحتمل النفى أصلا ، وفى جانب الرجل يثبت بالفراش وباقراره وبالبينة وهو بعد الاقرار لا يحتمل النفى ، لأن النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع .

٣٤/١٦ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٧٨/١٧

(المبدأ ١٨) : ثبوت النسب حق اصلى للولد وللأم ـ تعلق حق الله تعالى به لا حق للأم فى اسقاط حقوق ولدها ـ ترك الأم الخصومة فى دعوى ثبوت النسب لا ينصرف الى حق الصبى وحق الله .

ثبوت النسب وان كان حقا اصليا للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ، أو لأنها تعير بولد ليس له اب معروف ، الا انه فى نفس الوقت حق أصلى للولد لأنه يرتب له حقوقا بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والارث ، ويتعلق به ايضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمات أوجب الله رعايتها ، فاذا كانت المطعون عليها قد تركت الخصومة فى دعوى ثبوت النسب نزولا منها عن حقها فيه فلا ينصرف هذا النزول الى حق الصغير أو حق الله .

نقض ٣٠/٣٥/٣ ق (٦٧/١٢/٨) س ١٦٢٩/١٨

نقض ٢٨/٤٤ ق (٧٦/٥/١٢) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٩) : يجب الاحتياط فى الأنساب .

توجب قواعد الشريعة الاسلامية الاحتياط فى الانساب وتثبت النسب وتورث به فى النكاح ولو فاسدا والوطء بشبهة .

٣٩/١٧٨ ك مصر (٤٢/١/٢٠) م ش ١٥ ص٥٣

□■□

(المبدأ ٢٠) : الأصل الاحتياط فى ثبوت النسب ما امكن فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها باى وجه .

الأصل الاحتياط فى ثبوت النسب ما أمكن ، فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه ، حملا لحال المرأة على الصلاح واحياء للولد ـ ولذا اعتبر النكاح فيه قائما مقام الدخول ويثبت بالايماء مع القدرة على النطق ، ويكون الاقرار به متعديا الى غير المقر فيما اذا صدق معتدة الوفاة فى الولادة من الورثة رجلان او رجل وامرأتان فان الحكم بثبوت النسب يجب حتى شارك الولد المصدقين والمكذبين ـ وهذا استثناء من القاعدة العامة فى الاقرار وهى أن الاقرار حجة على المقر فقط دون غيره .

٢٨/٣٠ ك سيوط (٢٣/٦/٢٦) ت س م ش ٥/٥١٢

(المبدأ ٢١) : اتفقت كلمة الحنفية على ان النسب يحتاط فيه فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بوجه ما .

اتفقت كلمة الحنفية على أن النسب يحتاط فيه فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بوجه ما حملا لحال المرأة على الصلاح واحياء للولد ومراعاة لمصلحته ولذلك اعتبروا النكاح قائما مقام الدخول ولم يعتبروا امكان الدخول (فتح القدير والهداية والعناية فى باب ثبوت النسب الجزء الثالث) .

٨٢٠/٢٧ سمالوط (٢٨/٥/١٧) م ش ٢/٦٥٤

□■□

(المبدأ ٢٢) : استقر القضاء على ان الأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن .

استقر القضاء على أن الأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك ، ويبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه ، حملا لحال المرأة على الصلاح واحياء للولد . ويتفرع عن ذلك أنه اذا احتملت عبارة « اثبات النسب وعدمه صرفت للاثبات وأجيزت الشهادة بالشهرة والتسامح واغتفر التناقض فيه واذا تعارض ظاهران فى النسب قدم المثبت له .

نقض ١٤/٣٣ ق (٦٦/١٢/٧) س ١٧/١٨٧٥

□■□

(المبدأ ٢٣) : اذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب ـ قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فى النسب ، حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات .

المنصوص عليه شرعا أنه لو ولدت فاختلفا فقال تزوجتك منذ اربعة أشهر وقالت هى منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج وهى فى عدته وهو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح

هنا الى اقرب الاوقات لأنه اذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات ، مع ان ظاهرها متايد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج أو حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه أ. هـ. (فتح القدير جـ ٣ص ٣٠٩) ، ومثل ذلك فى مجمع الأنهر جـ ١ ص ٤٨٦ وجاء فى تنوير الأبصار والدر المختار ما يأتى « لو ولدت فاختلفا فى المدة فقالت المرأة نكحتنى من نصف حول وادعى الاقل فالقول لها بلا يمين وقالا تحلف وبه يفتى وهو أى الولد ابنه بشهادة الظاهر ــ لها بالولادة من نكاح حملا لهما على الصلاح ، وظاهر أن معنى أن القول لها بلا يمين او بيمين انما هو عند عدم قيام البينة ــ اما اذا قامت البينة فانه يعمل بها ، وجاء فى حاشية ابن عابدين عند الكلام على ذلك ما يأتى « تنبيه لا تسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لأنها شهادة على النفى معنى فلا تقبل والنسب يحتال لاثباته مهما امكن والامكان هنا يسبق التزوج بها سرا بمهر يسير وجهرا باكثر سمعة ويقع ذلك كثيرا (انظر ابن عابدين جـ ٢ ص ٨٦٣ طبعة دار السعادة) .

٥٢/١٢٤٤ تلا (٥٣/٤/٢٨) ت س م ش ٩٤/٢٦

□■□

(المبدأ ٢٤) : الزواج الذى لا يحضره شهود زواج فاسد .
ثبوت النسب بالزواج الفاسد . شرطه .

المقرر فى الفقة الحنفى أن الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقى . والقاعدة فى اثبات النسب أنه اذا استند الى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الاثبات بالفراش أو بالاقرار أو بالبينة الشرعية وهى على من ادعى .

نقض ٤٦/٢٥ ق س ٢٩ ص ١٣٧٩

□■□

(المبدا ٢٥) : يثبت النسب بدون دعوى .

يثبت النسب بدون دعوى ولا ينتفى الا باللعان عند الولادة بشروط وفى حالات مخصوصة .

٢٧/٨٢٠ سمالوط (٢٨/٥/١٧) م ش ٦٥٤/٢

□■□

(المبدا ٢٦) : يثبت نسب الغلام من زوجين تصادقا على انه ابنهما اذا لم يوجد مانع من الموانع الفقهية .

يقرر الفقه فى اجماع وصراحة (١) أن المولود الذى يولد على فراش الزوجية الصحيحة بين زوجين متعاشرين يكون ثابت النسب منهما اذا كانت ولادته لستة اشهر فاكثر من تاريخ الزواج ،، ولا يمكن نفى نسب هذا المولود منهما فى اى حال الا فى حال واحدة هى الملاعنة الشرعية بين هذين الزوجين (٢) وانه اذا ادعى رجل أن طفلا ابنه وكان الطفل غير مميز ومجهول النسب ويولد مثله لمثل من ادعاه يثبت نسبه منه بمجرد الدعوى ومن غير حاجة الى تصديق من الغلام ولا غيره . (٣) وانه اذا ادعت امراة متزوجة أن هذا الطفل ابنها من فلان وكان هذا الطفل غير مميز ومجهول النسب وصدقها الرجل الذى ادعت عليه الطفل يثبت نسبه منها من غير حاجة الى شىء أكثر من هذا .

٢٩/١١٤٣ بورسعيد (٣٠/٧/٢٨) م ش ٩٤٣/٢

□■□

(المبدا ٢٧) : ثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية .

ثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية الصحيحة ، فقد يثبت النسب شرعا بدون زوجية صحيحة ، كما يثبت بعد الوطء بشبهة .

٩٤١/١٦١ س ك مصر (٤٢/١٠/٤) ت س م ش ٣٨/١/١٤

□■□

(المبدا ٢٨) : لا يثبت نسب ولد المطلقة اذا جاءت به لأكثر من سنة شمسية .

لا يثبت النسب ، اذا جاءت المطلقة بولدها لأكثر من سنة شمسية

من تاريخ طلاقها ، طبقـا للمادة الخامسة عشر من القانون رقم ٢٥ سـنة ١٩٢٩ .

١٥٤٩/٤٩ السيدة (٥٠/١/١٩) م ش ١٠٠١/٢٤

□■□

(المبدأ ٢٩) : ولد المطلقـة بائنا المقرة كذبا بانقضـاء عدتهـا ضمن قبولها الزواج بغير مطلقها .

يثبت نسب ولد المطلقة بائنا ، المقرة ضمنـا بانقضاء عدتها ، ضمن قبولها الزواج بغير مطلقهـا متى جاءت به لأقل من ستة اشهر من تاريخ اقرارها ، ولأقل من سنتين (١) من تاريخ طلاقها وكانت مكذبة شرعا فى اقرارها بانقضاء عدتها .

٢١٩٤/٢٦ الجمالية (٢٧/١٠/٢٢) ت س م ش ٤٦٩/٣

□■□

(المبدأ ٣٠) : يثبت النسب ولو من نكاح فاسد ، واذا اختلفـا فالقول للأم ـ واذا تعـارضا فى ادلتهما قـدم الاثبات الدال على النسب ، وتكفى فيه الشهرة .

النزاع فى النكاح صحة وفسادا بعد الولادة لا يمنع ثبوت النسب ، فاذا برهن قبلت بينة الفساد لأنها تثبت ما لم يكن ثابتا فتثبت حـرمة الوطء وتسقط نفقـة العدة لأن فاسـد النكاح لا يوجب النفقـة ، ولكن يثبت نسب الولد لأن الفساد ينفى حل الوطء لاثبوت النسب كمـا نص على ذلك فى الجزء الأول من جامع الفصـولين ص ١٨٦ ، وقـد نص فى البزازية على أن النكاح الفـاسد يثبت به النسب ، ونص فى الهـداية على أنها اذا ولدت ثم اختلفا فالقول لها والولد ابنه بشادة الظاهر لها لأنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ، واذا تعارض ظاهران فى ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه فيثبت بالاشارة وبالايماء مع القدرة على النطق حملا لحال المسلم على الصلاح وصيانة للولد من الضياع .

١١١٨/٣٥ ك س اسيوط (٣٦/٩/٢) م ش ١٨٩/٨

---

(١) راجع مادة ١٥ ق ١٩٢٩/٢٥ .

(المبدأ ٣١) : يثبت النسب بالدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد .

الزواج الذى لا يحضره شهود هو زواج فاسد ، وبالدخول الحقيقى تترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب .

نقض ١٤/٣٣ ق (٧/١٢/٦٦) ١٨١١/١٧

□■□

(المبدأ ٣٢) : لا يثبت النسب الى الميت وكذا لا تثبت الزوجية الا بعد دعوى حق او مال على خصم شرعى .

نص الفقهاء على أنه لا يثبت النسب الى الميت وكذا لا تثبت الزوجية الا بعد دعوى حق أو مال على خصم شرعى . وأما عدم اشتراط تقدم الدعوى الصحيحة فى اثبات نسب الأصول والفروع والزوجية فذلك عند دعوى الأصل على فرعه بحضرته أو بالعكس أو احد الزوجين على الآخر بحضرته . (راجع الفتاوى المهدية جزء ٦ والهندية جزء ٣ فى اثبات الوكالة والوصاية ، والأنقروية جزء ٢ والخانية جزء٣ وعلى هذا الأصل جميع الفروع التى أوردها الفقهاء فى اثبات النسب ، فثبوت النسب من الميت سواء أكان من الأصول او من الفروع أو من العصبات أو ذوى الأرحام كل هذا لا يكون الا مع دعوى حق أو مال – والسبب فى ذلك أن اثبات النسب من الميت يستدعى حكما عليه والحكم على الميت كالحكم على الغائب لا يجوز الا فى وجه خصم حاضر وقد جعل الفقهاء الخصم الحاضر على نوعين خصم قصدى وخصم حكمى ، فأما الخصم القصدى فهو الوكيل عن الغائب ، واما الحكمى فهو من اعتبروه حاضرا عن الميت وذلك فى حالة ما يكون المدعى على الميت سببا لما يدعى على الحاضر لا محالة ولا شرطا له .

فالوارث خصم حاضر عن الميت يمثله ويقوم مقامه شرعا كالوكيل الشرعى سواء بسواء ، لأن ما يدعى على الميت سبب لما يدعى عليه ، فلو ادعى على شخص ميراثا لأنه أخوه سمعت الدعوى والبينة عليها ، وهى وان كانت مشتملة على دعوى النسب لأب المدعى عليه وهو غائب الا أن الحاضر ينتصب خصما عنه فيه لأن ثبوت النسب من الغائب سبب لا محالة لما يدعى على الحاضر من الميراث فينتصب الحاضر خصما ويكون الحكم عليه حكما على الميت قطعا وكذا اذا ادعى رجل حقا لأبيه الميت

والمدعى عليه مقر بالحق أو جاحد له كان له أن يثبت نسبه من الميت بحضرة ذلك الرجل ويسمع القاضى شهوده ويحكم له بنسبه وهـذا الرجل يعتبر خصما حاضرا عن الميت شرعا ـ جاء فى جامع الفصولين فى الفصل الخامس وجه ٥٥ ما نصـه (الأصل أن الحكم للغائب وعليه لم يجز الا بخصم عنـه حاضر اما قصدى وهو بتوكيل الغائب واما حكمى وهو بأن يكون المدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر لا محالة أو شرطا له) .

ق ٣٢/٤٧ العليا (٥٣/١٢/٢٤)　　　م ش ٥٥١/٤

□■□

(المبدأ ٣٣) : الاقرار بالنسب ـ يجوز ان يكون صريحا.وقد يستفاد من دلالة التعبير أو السكوت ـ متى يعتبر السكوت اقرارا .

الاقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز ان يسـتفاد من دلالة التعبير أو من السـكوت فى بعض المواضع التى يعتبر السـاكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة « لا ينسب لساكت قول » ومنهـا سـكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالمولود بعد ولادته ، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة اقرار منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك .

نقض ١٦/١٧ ق　　　س ٢٩ ص ٥٦٩

□■□

(المبدأ ٣٤) : الخلاف بعد الولادة على تاريخ الزواج .

نص الفقهاء على أنه اذا تزوج رجل امراة ثم ولدت واختلفا فى المدة فقال تزوجتك لأقل من ستة اشهر وقالت لستة اشهر او لأكثر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها وهو انها ولدت من نكاح لا من سفاح وهـو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو اضـافة الحادث (وهو الزواج) الى اقرب الأوقات . وهذا بناء على أنه اذا تعارض ظاهران فى ثبـوت نسب قدم المثبت له وعلى امكان الزواج بها سرا فى التاريخ الذى ذكرته وعلنا فى التاريخ الذى ذكره .

٨٥١ عابدين (٤٤/٣/٦) ت س　　　م ش ٢٤٢/١٦

(المبدأ ٣٥) : يجوز اثبات نسب الولد لأمه ولو ولدته وهى بالغة نحو الستين من عمرها لجواز تاخر الاياس بالنسبة لها الى ما بعد هذه السن .

يؤخذ من أقوال الفقهاء أن حيـاة المرأة التنـاسلية لا تنتهى فى سن معينة متى كانت فى حالة عادية ، وانه من الجائز أن تبقى صالحة للحمـل والولادة حتى ولو تجاوزت السبعين من عمرها . وقد ايدت البحوث العملية والاحصائيات الطبية ما قرره الفقهاء فى ذلك فقد قـرر الطبيب الشرعى ما يفيد أنه وان كان الغالب فى النسـاء انقطاع الطمث (الحيض) عنهن بعد بلوغ الخامسة والخمسين وهى سن الاياس غالبا الا انه قد ورد فى بعض المراجع الطبيـة ان دورة الطمث اسـتمرت عند بعض النســاء منتظمـة الى سن السادسة والستين واستمرت فى حالة أخرى الى سن الثالثة والسبعين .

١٤/٤٨ العليا (٥٠/٥/٢٧) م ش ٢٠٧/٤

□■□

(المبدأ ٣٦) : النسب يثبت بالاقرار ـ وهو لا يحتمل النفى .

النسب يثبت بالاقرار، وهو بعد الاقرار به لايحتمل النفى ،لأن النفى يكون انكارا بعـد الاقرار فلا يسمع ، واذا انكر الورثة نسب الصغير بعـد الاقرار ، فلا يلتفت اليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفســه ، وهو أدرى من غيره بالنسـبة لما أقر به ، فيرجح قوله على قول غيره .

نقض ٣٩/٢٦ (٧٣/١٢/٥) س ١٢٣٢/٢٤

□■□

(المبدأ ٣٧) : النسب يثبت بالدعوة .

المعتبر فى الفقه الحنفى أن النسب يثبت بالدعوة من غير أن يبين المقر وجه النسب سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا فيكون عليه اثم ادعائه .

نقض ٤٠/٤١ ق (٧٥/١/١٥) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٣٨) : متى ثبت نسب الغلام ثبت له جميع الحقوق التى قررها الفقه والعادة والقانون فاذا كان قد قيد غير معروف النسب لأبيه أو اعتبر لقيطا زال عنه كل ذلك بثبوت نسبه ممن أقر بنسبه اليه .

ان ثبوت النسب فى جميع هذه الحالات يجعل الطفل ابنـا حقيقيا ، ويكسبه جميع الحقوق المشروعة الأبوة الحقية على هذا الطفل سواء أكانت

الحقوق هذه مما عرفها الفقه شرعا ، أم مما وضـعته القوانين والأنظمة الوضعية فى الدولة التى يكون الطفل ومدعيه من رعاياها ، والقوانين المعمول بها فى الدولة المصرية جميعهـا لا تختلف مع الفقه فى شيء من هذا بالنسبة للرعايا المسلمين - وكلها مجمعة على أن المحاكم الشرعية هى المختصة دون غيرها بالفصل فى دعاوى النسب بين هؤلاء الرعايا وعلى أن الأحكام الصادرة من المحاكم المختصة يخضع لها كل ما عداها مما يكون فى موضوعها ، كما انها تكسب المحكوم به حقا يبتدىء من تاريخ اصدارها أو التاريخ المحدد فيهـا لكسب الحق ويكون لهذا الحق قوة اخضاع ما يقف فى سبيله .

٢٩/١١٤٣ بورسعيد (٣٠/٧/٢٨) م ش ٩٤٣/٢

□■□

(المبدا ٣٩) : قرار المجلس الحسبى بتعيين الوصى واحكام المحاكم الأهليـة بثبوت حق الولد فى تركه المتوفى لا تصلح دليلا على ثبوت النسب لصدورها من جهات غير مختصة .

قرار المجلس الحسـبى بتعيين الوصى على الولد ، وأحكام المحاكم الأهلية بثبوت حق الولد شرعا لأنهـا صادرة من جهات غير مختصـة بالنظر والفصل فى النسب اذ الجهة المختصة بذلك هى المحاكم الشرعية بناء على ارادة ولى الأمر الذى له الحق فى تنويع جهات الاختصاص فى الحـوادث . فتعيين المجالس الحسبية الأوصياء على القصر منسوبين لآباء الغرض منه المحافظة على اموالهم ولو كانوا مجهولى النسب دون التعرض لنسبهم الى ان تفصل الجهة المختصة به فهو من قبيل اتخاذ الاحتياطات السريعة وهذا داخل فى اختصاصها - كما ان أحكام المحاكم الأهلية بالحق للولد فى التركـة معناه استحقاق الولد لما حكم به على فرض التسليم بنسبة الولد الى ابيه المتوفى والمـدعى لم ينـازع فى هـذا النسب امامها اللهم الا أمام محكمـة الاستئناف التى لم تعول على هذا النزاع لعدم ابدائه امام محكمة أول درجة فحكمها هذا داخل فى دائرة اختصاصها وهو وان اشتمل حقا للولد بصفة نهائية لم يشمل نسبه لأنها لا تملكه قانونا ولذلك كان لجهـة الاختصاص بعد ذلك ان تفصل فى النسب بدون أن تتقيد بأحكام المحاكم الأهلية بالحق فى التركة ، فلها ان تثبت بحكمها النسب ولها ان تنفيه وفى الحالة الثـانية لم يكن لقرارات واحكام غيرها أثر نحو هذا النسب فنظرة جهة الاختصاص الى هذه القرارات والأحكام نحو النسب نظرة استئناس لا استدلال .

٣٠/٢٨ ك س اسيوط (٣٣/٦/٢٦) ت س م ش ٥١٢/٥

□■□

(المبدأ ٤٠) : قرار الوصاية على الصغير من المجلس الحسبي لاينهض دليلا على نسب هـذا الصغير لأن المجلس الحسبي عند اقامته للأوصياء لا يبحث صحة النسب .

ان قرار الوصـاية لا يفيـد أكثر من تعيين الوصي على القصر اللذين ينسبهم ذو الشأن للمتوفى ولا يعتبر باى حال وثيقة رسمية فى ثبوت نسبهم منه لان المجـالس الحسبية لا تبحث فى اثبـات النسب وليس من شـأنها بمقتضى اختصـاصها هذا أن تتعرض له عند النظر فى تعيين الأوصياء فلا يصح الاحتجاج به فى ثبوت النسب .

١٨٣/٣٥ ك س مصر (٣٨/١/١٢) ت س م ش ٣٣/٤/١١

□■□

(المبدأ ٤١) : الأصـل ان كل امرأة وجبت عليها العـدة فان نسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه ليس منه (١) .

الأصل ان كل امرأة وجبت عليها العـدة فان نسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا (٢) أنه ليس منه وهو أن يجىء لأكثر من سـنتين ، فلو مات عنها زوجها قبل الدخول او بعـده ثم جاءت بولد من وقت الوفاة الى سنتين يثبت النسب منه وان جاءت لأكثر من سنتين من وقت الوفاة لا يثبت النسب ــ هذا كله اذا لم تقر بانقضاء العدة كمـا نص على ذلك فى الفتاوى الهندية ــ والمدعى عليها لم تقر بانقضـاء العدة ، كمـا أن دعوى النسب مقبولة شرعا لما ذكر ــ فهى مقبولة قانونا طبقـا للمادة (١٥) ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ حيث لم تجىء بالولد لأكثر من سنة من تاريخ الوفاة .

٢٨/٣٠ س ك اسيوط (٣٣/٦/٢٦) ت س م ش ٥١٢/٥

□■□

---

(١) الأصل ان كل امرأة لم تجب عليها العدة فان نسب ولدها لا يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه منه ، وهو أن يجىء لأقل من سـتة أشهر ، وكل امرأة وجبت عليها العدة فان نسب ولدهـا لا يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا أنه ليس منه ، وهو ان يجىء لأكثر من سنتين ــ فاذا عرفنا هذا فنقول رجل طلق امرأته قبل الدخول بها ثم جاءت بولد لأقل من سنة من وقت الطلاق يثبت النسب فان جاءت لستة أشهر فصاعدا لا يثبت (ج من الفتاوى الندية ــ باب ثبوت النسب) .

(٢) المراد باليقين هنا أن تحمل به وقت النكاح بينهما اى حال كونهـا فراشا له . وهـذا يقين شرعى على ما ثبت عنـد الأصحاب من الادلة التى بنوا عليها احكام ثبوت النسب .

(المبدأ ٤٢) : اقرار الزوجة بالأمومة من زوجها لا يثبت به النسب الا اذا صدقها الزوج .

اقرار المراة المتزوجة بالامومة من زوجهـا لا يثبت به النسب الا اذا صدقها الزوج ، لأن اقرارها بالولد فى هذه الحالة فيه تحميل نسبه على الزوج ، فلا يلزم بقولها الا عند مصادقته فيثبت حينذاك نسب الولد منها .

نقض ٢/٤٣ ق (١٠/٣/٧٦) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٤٣) : لو قالت المراة فى عدة الوفاة لست بحامل ثم فى الغد انا حامل كان القول قولها .

نص شرعا على أن المـراة لو قالت فى عـدة الوفاة لست بحامل ، ثم قالت فى الغد انا حامل ، كان القول قولها ، وان قالت بعد اربعة اشهر وعشرة ايام لست بحامل ، ثم قالت أنا حامل ، لا يقبل قولها الا ان تاتى بولد لأقل من ستة أشهر من موت زوجهـا ، ويبطـل اقرارها بانقضـاء العـدة كذا فى الفتاوى الهندية نقلا عن قاضيخان والقيد بالغير هنا ليس بشرط .

٣٠/٢٨ ك أسيوط (٢٦/٦/٢١) ت س م ش ٥١٢/c

□■□

(المبدأ ٤٤) : الاقرار بالنسب اخبار عن صلة ثابتة ومستقرة فى الواقع ولا يمكن ان يكون انشاء .

الاقرار بالنسب اخبار عن صلة ثابتة ومستقرة فى الواقـع ولا يمكن ان يكون انشاء .

٤٢/٨٥١ عابدين (٦/٣/٤٤) ت س م ش ١٦/١٠/٢٤٣٠

□■□

(المبدأ ٤٥ (: يشترط فى صحة الاقرار بالنسب ان يكون الولد المقر بنسبه مجهول النسب ـ فلو كان معروف النسب فانه لا يثبت نسبه من المقر بل يقال له ((دعى)) .

يشترط فى صحة الاقرار بالنسب : ان يكون الولد المقر بنسبه مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب ، فانه لا يثبت نسبه من المقر ، بل يقال له دعى ـ فان الدعى هو شخص معروف النسب قد تبناه غير ابيه ، وهذا الأمر كان معروفا فى الجاهلية . واستمر فى صدر الاسـلام حتى ان النبى

عليه السلام تبنى زيد بن حارثة الى ان نزل قوله تعالى : « أدعوهم لآبائهم هو ، اقسط عند الله» وعلى هذا لايكون الولد المتبنى ابنا للمتبنى فلا يعطى الحقوق الواجبة للابناء على الآباء ــ اى لا يستحق شيئا من النفقة ، واجرة الرضاع ، والحضانة ولا يتوارثان ، و لاتكون له ولاية عليه فى النفس ولا فى المال بهذا التبنى .

١٩٧/٣٦ شبرا (٤٠/٦/٤) ت س م ش ٧٢/١/٧٤

□■□

(المبدأ ٤٦) : اذا اقر شخص بنسب ولد يثبت نسبه منه ان كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله ــ وصادقه المقر له اذا كان مميزا ــ وهذا الاقرار لا يصح الرجوع عنه .

نص الفقهاء على انه اذا اقر شخص بنسب ولد ، يثبت نسبه منه ،ان كان مجهول النسب ، ويولد مثله لمثله ، وصادق المقر له اذا كان مميزا ــ كما نص على أن هذا الاقرار لا يصح الرجوع عنه ، فلا يبطل نسب الولد الثابت بهذا الاقرار بالرجوع عنه بعد ذلك (انظر الجزء الثانى من تكملة ابن عابدين باب اقرار المريض) .

٨٥/٣٥ ك س مصر (٢٩/٣/٢٠) م ش ٤٨/٥/١٢

□■□

(المبدأ ٤٧) : الاقرار بالنسب على غير المقر لا يثبت النسب الا بتصديق من حمل عليه النسب او اقامة البينة عليه .

المعول عليه فى المذهب الحنفى أن الاقرار بالنسب على غير المقر ، وهو اقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر له كالاقرار بالاخوة ، لا يثبت به النسب الا بتصديق من حمل عليه النسب أو البرهنة عليه بالبينة ، اذ الاقرار بالأخوة يقتضى أولا ان المقر له ابن لأبى المقر ، ويستتبع انه أخ للمقر الا ان المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع اليه ، وتنقسم التركة فى هذه الحالة على اساس الاعتداد بالاقرار تجاه المقر دون غيره من الورثة الذين لم يوافقوه على اقراره باعتبار الاقرار حجة قاصرة .

نقض ٤٤/٤ ق (٧٦/١/٢١) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٤٨) : البنوة متى ثبتت ـ ولو بالاقرار ـ ثبتت فى حق الكافة وترتب عليها أثرها . الا انها اذا كانت ثابتة بمجرد الدعوة والاقرار لا تسرى على الغير بالنسبة لما تعلق به حق هذا الغير فعلا قبل صدور الاقرار لأن الاقرار ليس حجة على غير المقر . اما بالنسبة لما يحدث من الحقوق بعد الاقرار كالارث والاسحقاق فان الاقرار بالبنوة يسرى فيه على الغير .

المنصوص عليه فقها أن البنوه متى ثبتت ، ولو باقرار تثبت فى حق الكافة ، وترتب عليها آثارها ، الا انها اذا كانت ثابتة بمجرد الدعوة والاقرار لا تسرى على الغير فعلا قبل صدور الاقرار ، عملا بقاعدة أن الاقرار ليس حجة على غير المقر فلا يبطل حقه الثابت قبل الاقرار ، أما بالنسبة لما يحدث ويجد من الحقوق بعد الاقرار ، كالارث من شخص توفى بعد اقرار بالبنوة، بسبب القرابة التى ترتب على هذا الاقرار وكالاستحقاق فى غلة الوقف الحادثة بعد الاقرار ـ فان الاقرار بالبنوة يسرى فيه على الغير ، اذ نسب المقر له كان ثابتا شرعا ، حين وجود هذه الحقوق وحدوثها ، ومن ضرورة بنوته شرعا اشتراكه مع الاخرين فى هذه الحقوق ، كما يؤخذ ذاك بوضوح من النصوص الفقهية فى موضوع الاقرار بالنسب .

٣٥/٥٨ ك مبر (٣٩/٣/٢٠) م ش ٤٨/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٤٩) : اذا اقر الزوج بالنسب ولكنه انكر التعيين بأن قال ولدت ولكن المولود غير هذا ثبت نسبه بشهادة القابلة او غيرها .

جاء بكتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية جزء ثان ص ٢٥ ما يأتى ولو انكر الزوج التبعية ، بأن قال ولدت ولكن المولود غير هذا ثبت نسبه بشادة القابلة أو غيرها بشرط الاتصاف بأهلية الشهادة .

ق ٤٣/٧٩٥ البلينا (٤٤/٢/٢٤) م ش ٢٣٨/٩/١٦

□■□

(المبدأ ٥٠) : الاقرار ببنوة غلام مجهول النسب .

نص الفقهاء على أنه اذا أقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب غير مميز وكان فى السن بحيث يولد مثله له ثبت نسبه بمجرد هذا الاقرار .

ق ٤٢/٨٥ عابدين (٤٣/٣/٦) ت س م ش ٢٤٣/١٦

□■□

(المبدأ ٥١) : اقرار الزوجة بان الولد فلان ابن فلانه هو ابن لزوجها لا قيمة له .

اقرار الزوجة بأن الولد فلان ابن فلانه هو ابن لزوجها لا قيمة له فى ثبوت النسب لان الاقرار حجة قاصرة على المقر ولأن فى هذا الاقرار تحميلا للنسب على الغير .

١٩٧/٣٩ شبرا (٤٠/٦/٤) ت س　　　م ش ٧٣/١/١٤

□■□

(المبدأ ٥٢) : رد الفقهاء اقرار شخص بنسب ولد صرح بانه ولد من الزنا لان تصريحه يقتضى رد اقراره .

الصلح المعول عليه شرعا هو كل صلح لا يحلل حراما ولا يحرم حلالا ، ولهذا رد الفقهاء اقرار شخص بنسب ولد صرح بانه ولده من الزنا لأن تصريحه بأنه من الزنا يقتضى رد اقراره وعدم ثبوت نسبه منه ، وعدم استحقاقه شيئا من تركته بعد وفاته وولد الزنا لا يثبت نسبه شرعا لما فيه من اقرار غير المشروع الذى حرمه الله ولهذا ردوا اقرار شخص بنسب ولد يصرح بأنه ابنه من زنا .

ق ٤٩/٢٠ العليا (٥٠/١٠/٢٣)　　　م ش ١٩٩/٢٢

□■□

(المبدأ ٥٣) : ان الاقرار بالولد بعد التصادق على انه من الزنا يثبت به النسب اذا قال الرجل أنه من نكاح . فاذا لم يفعل ذلك لا يعمل بهذا الاقرار ولا يثبت النسب .

جاء بآخر الباب الخامس عشر من الجزء الثانى من الفتاوى الهندية من ان الرجل اذا زنى بامرأة فحملت ثم تزوجها فأتت بالولد لستة اشهر فاكثر ثبت نسبه، ولو أتت به لأقل لا يثبت نسبه، الا اذا ادعاه ،ولم يقل انه من الزنى فهذا لوجود الفراش وتحمل فى حالة الوضع لأقل من ستة اشهر ، على أن العقد تجديد لفراش سابق ،، ومع هذا اذا صح أن الاقرار بعد التصادق على أنه من الزنى يثبت به النسب ، فان الظاهر من النصوص أن ذلك فيما اذا قال انه من نكاح ، كما يرى من الفروع التى، ذكرت فى هذا الموضوع ففى باب دعوى الولد من الزنى ص ١٥٧ من الجزء ١٧ من المبسوط أن الرجل اذا قال لصبى فى يد امرأة هو ابنى من زنى ، وهى قالت من نكاح او العكس ، ثم قال هو بعد ذلك فى الصورة الأولى هو ابنى من نكاح او قالت هى فى الصورة الثانية هو ابنى من نكاح ثبت نسبه لأن كلاهما صدق الآخر فيما دعاه من نكاح واذا ثبت النكاح بينهما ثبت نسب الولد منهما ، ومثل

ذلك فى ص ٢٤٣ منها ، اذا قال لمجهول النسب هو ابنى من الزنى ، ثم قال هو ابنى منا لنكاح ،، تسمع دعواه . ومثل ما فى المبسوط والبدائع ما ورد بالجزء الرابع من الفتاوى الهندية بالفصل الثامن من دعوى الولد من الزنى.

٣٤/١١١ ك مصر (٣٦/٤/١٤) ت س   م ش ١٢٢/١/٩

□■□

(المبدأ ٥٤) : المطلقة بعد الدخول والخلوة اذا جاءت بولد بعد الطلاق الى سنتين ثبت نسبه من المطلق .

المنصوص عليه شرعا ان المطلقة بعد الدخول والخلوة الصحيحة ، اذا جاءت بولد بعد الطلاق الى سنتين ، ثبت نسبه من المطلق ، فقد جاء فى الجزء السادس من المبسوط للسرخسى ص ٥٠ ما نصه (ولو طلق امرأته ولم يدخل بها ولم يختل بها ثم جاءت بولد لأقل من ستة اشهر لزمه لأننا تيقنا أن العلوق به كان قبل الطلاق وحمل امرها على الصحة وجب ما أمكن فيحمل هذا العلوق من الزوج ـ وتبين لنا انه طلقها بعد الدخول وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه ، لأن النكاح بالطلاق ارتفع لا الى عدة وانما جاءت بالولد لمدة حبل تام بعده وان كان الطلاق بعد الخلوة لزمه الولد الى سنتين لأن النكاح بالطلاق قد ارتفع الى عدة ، ولما جعلنا الخلوة بمنزلة الدخول فى ايجاب العدة ، فكذلك فيما ينبى عليه ، وهو ثبوت نسب الولد أ ، هـ) (١) .

٤/٢١٢٨ ك س مصر (٤٢/٤/١٨)   م ش ٧٦/٧/١٢

□■□

(المبدأ ٥٥) : المطلقة رجعيا او بائنا اذا كانت مكلفة وقت الطلاق وولدت قبل سنتين بعد الفرقة (١) ولم تكن قد اقرت بانقضاء عدتها، يثبت نسب الولد وتنقضى به العدة .

يقضى الفقه بأن المطلقة رجعيا او بائنا اذا كانت بالغة مكلفة وقت الطلاق وولدت قبل سنتين بعد الفرقة ولم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها ، يثبت نسب الولد ، وتنقضى به العدة ، لأن ذلك يحمل على انها علقت به قبل الطلاق ، لا بعده ، ولا تثبت به الرجعة ، لأن الرجعة لاتثبت بالاحتمال والشك ، بخلاف النسب ، فانه يثبت اذا كان الطلاق رجعيا ولم تقر بانقضاء العدة .

٣٣/٣٤٠ الجمالية (٣٤/٣/١٦)   م ش ٦٧/٥/١١

---

(١) راجع المادة ١٥ ق ١٩٢٩/٢٥ .

(المبدا ٥٦) : المادة ١٥ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ خاصة بمن تدعى النسب بعنوان كونها مطلقة لا كونها مراجعة .

ما جاء بالمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ من أنه لاتسمع عند الانكار دعوى النسب لولد المطلقة اذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق انما هو خاص بمن تدعى ما ذكر بعنوان كونها مطلقة لا بعنوان كونها مراجعة مد وضعت الولد على فراش الزوجية الصحيحة التى حدثت بعد الطلاق .

٤٥/١٠٥٨ أسيوط (٦٧/٢/٨) ت س م ش ٢١/٤٠٦

□■□

(المبدا ٥٧) : ثبوت النسب حق أصلى للابن والأم . الأم لا تملك اسقاط حقوق ولدها .

النص فى المادة ٩٠٦ من قانون المرافعات على أنه « يتبع فى قبول دعوى انكار النسب واثباتها والمواعيد التى ترفع فيها والآثار التى تترتب عليها القواعد والأحكام التى يقررها قانون البلد الواجب التطبيق . وتوجه الدعوى الى الأب أو الأم على حسب الأحوال والى الولد الذى انكر نسبه فاذا كان قاصرا تعين ان يقام وصى خصومه » ـ يدل على أن المشرع رأى ان ثبوت النسب كما هو حق أصلى للابن لأنه يرتب له حقوقا بينتها القوانين والشرائع كحق النفقة والحضانة والارث ، فانه حق أصلى أيضا للأم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا لئلا تعير بولد ليس له أب معروف . والحقان فى هذا المجال متساويان متكاملان لا يجزئى أحدهما عن الآخر ، فلاتملك الأم اسقاط حقوق ولدها ، كما لا يؤثر موقف ذلك الأخير على ما تدعيه الأم . ولما كان استلزام تمثيل الوليد القاصر بوصى خصومه قصد به رعاية حقوق ناقص الأهلية مخافة تعارض صوالحهم أثناء سير الدعوى مع منكر النسب أو مدعيه .

نقض ٣٨/٢٩ ق (٧٥/١٢/٣١) س ٢٦

□■□

(المبدا ٥٨) : لا تملك الأم اسقاط نسب وليدها . اعتبار الصغير ماثلا فى دعوى النسب وان لم يظهر فى الخصومة باسمه .

ثبوت النسب ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ يتعلق به حق الام وحق الصغير وحق الله تعالى ، ولا تملك الام اسقاط حق وليدها فى هذا المجال . فان الدعوى التى ترفعها الأم أو الغير بطلب ثبوت نسب الصغير ، يعتبر الأخير ماثلا فيها وان لم يظهر فى الخصومة لنيابة مفترضة فى جانب رافعها لما تنطوى عليه من حق للخالق يصح أن ترفع به الدعوى حسبة .

نقض ٤٤/٧ ق (٧٥/١٢/٢١) س ٢٦

(المبدا ٥٩) : المراة غير المتزوجة او غير المعتدة ـ اقرارها بأمومتهـا للولد ـ أثره .

نسب الولد يثبت من المراة التى تقر بأمومتهـا له متى لم تكن له أم معروفة ، وكان ممن يولد مثله لمثلها ، وصادقها المقـر له على اقرارهـا ان كان فى سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة الى اثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج شرعى كالسـفاح او الدخول بالمراة بشبهة ، اذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المراة ذات زوج أو معتدة ، لأن اقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداها الى الغير ، اما اذا كانت وقت الاقرار متزوجة أو معتدة أو اقرت بالولد ونسبته الى من كان زوجا لها ، وكان النسب لا يثبت باقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ، ويتعين لثبوته ان يصادقها زوجها أو أن تقيم الحجة الكاملة على مدعاها لأن الاقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة ، والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها ، كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليـه الرجال لا تقبل . لما كان ذلك وكانت المطعون عليها الاولى تستند فى ثبوت بنوتها للمتوفاة الى اقرارها بأنها ابنتها من زوجهـا الذى تزوجته بعقـد عرفى دون أن تـدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها اليه أو على الزوجيـة المدعاة فان هـذا الاقرار لا يكفى لاثبـات البنوة لما فيه من تحميل النسب على الغير وانمـا وجبت اقامة الحجة عليها وعلى الفراش المدعى باعتبار ان النسب لايثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لان ثبوت الحكم ينبنى على ثبوت النسب .

نقض ٤٧/٢٦ ق   س ٣٠ ص ٩٦٢

□■□

(المبدا ٦٠) : اقرار المطلقة بائنا بانقضاء عدتها .

المنصوص عليه شرعا أن المطلقة بائنا اذا أقرت بانقضاء عدتها ،وكانت المدة بين الطلاق والاقرار بانقضاء العدة تحتمل صدقها ، بأن كان ستين يوما وولدت ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولأقل من سـنتين من حين الابانة ، ثبت نسب الولد من ابيه المطلق للتيقن بوجود الحمل فى الزمن الذى أخبرت عنه به ، بأنه آخر عدتها فيظهر كذبهـا ويبطل اقرارها (ص ٤٨٢ فى باب النسب من الجزء الأول من مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، زرد الملتقى شرح المنتقى) ، وجاء فى باب ثبوت النسب ايضا فى الجزء الاول من الفتاوى المهدية ص ٢٥٤ ما نصه (سئل فى رجل طلق زوجته طلاقا بائنا وهى من ذوات الحيض فمكثت شهرين واربعة ايام ثم ذهبت لفقيه واخبرته كاذبة بأنه مضى لها ثلاثة أشهر وحاضت فيها ثلاث حيض فعقد لها على رجل

فمكثت بعد العقد خمسة اشهر واربعة عشر يوما ثم وضعت مولودا واقرت هي والرجل الذى عقد عليها أن العقد وقع وهى حامل فهل يلحق هذا الولد الزوج الأول ؟ وما حكم العقد والوطء الواقعين من الزوج الثانى ؟ وما حكم العدة ؟ ـ اجاب) لو تزوجت معتدة بائن فولدت لأقل من سنتين فقد بانت ولأقل من الأقل منذ تزوجت فالولد للاول لفساد نكاح الاخر ولعدم امكان اثبات النسب اذ المدة من العقد اقل من ستة اشهر ، كذا فى الدر وحواشية ـ الوطء وطء شبهة ـ وتنقضى العدتان بوضع الحمل حيث لا وطء شبهة ـ وتنقضى العدتان بوضع الحمل حيث لا وطء من الثانى بعده أ.هـ) ، وجاء فى الخانية (المعتدة من طلاق بائن اذا تزوجت بزوج آخر فى العدة وولدت بعد ذلك لأقل من سنتين من وقت طلاق الأول ولأقل من ستة اشهر من وقت نكاح الثانى كان الولد للأول) . وفى الهندية واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه (ص ٣٢ باب بنوة النسب فى الفتاوى الكاملية) .

٣٩/٩٨ كفر الزيات (٤٠/٢/٢٦) ت س م ش ٦/٢٦٣

□■□

(المبدأ ٦١) : ثبوت نسب الولد للأم . شرطه .
ولد الزنى ـ ثبوت نسبه للأم بخلاف الأب . شرطه .
ثبوت النسب للزوج باقرار الزوجة . شرطه .
عدم جواز الرجوع فى الاقرار .

نسب الولد يثبت من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له ام معروفة ، وأن يكون ممن يولد مثله لمثلها ، وان يصادقها المقر له على اقرارها ان كان فى سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة الى اثبات ، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد ، او من غير زواج شرعى كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة اذ ولد الزنى يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة ، ويجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها ان يصادقها على اقرارها او ان تثبت ان هذا الولد جاء على فراش الزوجية ، وحينئذ يثبت نسبه منها . فاذا تحققت هذه الشروط فى اقرار الأم نفذ عليها وثبت النسب به ، وتعين معاملة المقر باقراره والمصادق بمصادقته ، ولا يجوز الرجوع عن هذا الاقرار بعد صحته ، ويترتب عليه جميع الحقوق والاحكام الثابتة بين الأبناء والآباء .

نقض ٤٦/١٧ ق س ٢٩ ص ٥٦٨

□■□

(المبدا ٦٢) : الشبهة فى العقد يثبت بها النسب ويسقط الحد ، فلو عقد على مطلقته طلاقا مكملا للثلاث قبل أن تنكح زوجا غيره ودخل بها وأتت منه بولد ثبت نسب منه .

جاء فى الجزء الثالث ص ٧٥: وما بعدها من الزيلعى ما نصه (الشبهة ثلاثة انواع ، شبهة فى الفعل وشبهة فى المحل وشبهة فى العقد على ما يجىء بيانه ـ فالأول يسمى شبهة اشتباه ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وأن أدعاه ، والنوعان الأخران الشبهة فى كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضى الحل وانما امتنع افادته لمانع لما سيجىء ، وبعد ان ذكر المصنف والشارح فروعا لكل من النوعين الأول والثانى ذكر فى ص ١٧٩ ما نصه « وبمحرم نكحها اى لا يجب الحد بوطء محرم تزوجها وهذا هو الشبهة فى العقد الى آخره ، وجاء فى الجزء الثانى من ابن عابدين ص ٣٥٩ ، ٦٢٣ ما يدل على أن هذا العقد عقد فاسد واذا دخل بها يثبت به النسب كما جاء فى ص ٢١١ ج ٣ من ابن عابدين تعليقا على قول الشارع ولا حد بشبهة العقد عنده كوطء محرم نكحها ما نصه « اى عقد عليها أطلق فى المحرم فشمل نسبا ورضاعا وصهرية » وأشار الى أنه لا عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقة الثلاث الى آخره فانه لا عقد على منكوحة الغير أو معتدته او مطلقة الثلاث الى آخره فانه لا حد وذكر الشارح بعد ذلك فى ص ٢١٢ ما نصه (حرر فى الفتح انها من شبهة المحل وفيها يثبت النسب كما مر) وقد نص فى الهداية والفتح ص٤٦٨ ، ٤٧٠ ج ٢ ، وص ١٤٣ وما بعدها ج ٤ ما يفيد أن هذا العقد فاسد وانه يسقط به الحد ويثبت نسب ولدها لأن النسب يحتاط فيه فى اثباته وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول .

٤٦/٤٧٨ اللبان (٤٧/٥/٧) ت س   م ش ٨٥/٢٢

□■□

(المبدا ٦٣) : شهادة القابلة وحدها على الولادة كافية فى اثبات نسب الولد لأن الولادة مما لا يطلع عليه الا النساء والنسب مما يحتاط فى ثبوته ما أمكن .

وحيث أن المدعى عليه اقر أولا بالولادة ثم انكرها وأنكر النسب ، والدعوى عليه دعوى ميراث بسبب النسب ، والورثة متعددون فلا بد من دليل شرعى على الدعوى حتى يكون الحكم متعديا الى المدعى عليه ، وتكفى فى ذلك شهادة القابلة على الولادة كما هو مذهب الصاحبين ورجحه فى الفتاوى المهدية لأن الرجال لا يحضرون الولادة ولا يطلعون عليها ـ قال صلى الله عليه وسلم (شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه)

ولأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب فيما تأتى به والحاجة ماسة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما فى حال قيام النكاح كذا فى فتح القدير ، وقال فى معين الحكام بباب فى القضاء بقول امرأة بانفرادها وذلك فيما لا يطلع عليه الا النساء كالولادة والبكارة .. الخ ووجه ذلك انه لما كانت هذه الأمور مما لا يحضرها الرجال ،، ولا يطلعون عليها ، اقيم فيها النساء مقام الرجال للضرورة ، فلهذا ولأن المدعى عليها ولدت فى عدة الوفاة ولم تقر بانقضاء العدة سمعت المحكمة على الولادة شهادة القابلة ، التى شهدت بها وعينت الولد فى شهادتها .

٢٨/٣٠ ك اسيوط (٣٣/٦/٣٦) م ش ٥١٢/٥

□■□

(المبدأ ٦٤) : الشهادة بالتسامع والشهرة تجوز فى اثبات النسب .

المنصوص عليه شرعا ان الشهادة بالتسامع والشهرة تجوز فى اشياء منها ، النسب حتى لو سمع من الناس ان هذا فلان ابن فلان الفلانى وسعه أن يشهد به ، ولو لم يعاين الولادة على فراشه ، ومنها النكاح ، حتى لو رأى رجلا يدخل على امراة وسمع من الناس انها زوجته ، وسعه ان يشهد أنها زوجته ، وان لم يعاين العقد (انظر جامع الفصولين ج ١ ص ١٢٤).

١٩٥٢/١٢٤٤ تلا (٥١/١/٢٨) ت س م ش د/٩٤

□■□

(المبدأ ٦٥) : شهادة الشهود بحصول الزواج والمعاشرة الطويلة لحين وفاة الزوجة وتقديم أوراق بتوقيع المدعى عليه يعترف فيها بالبنوة يعتبر اقرارا صحيحا بالبنوة .

اذ شهد الشهود بحصول الزواج والمعاشرة الطويلة لحين وفاة الزوجة وقدمت خطابات بتوقيع المدعى عليه يعترف فيها بالبنوة ، ومنها صورة خطاب لوزير الصحة يطلب قيد اسم ولده ، وآخر لتفتيش الصحة يطلب تصحيح تاريخ ميلاده ، وخطابات أخرى لنفس الزوجة يسأل فيها عن صحته ويتمنى رؤيته الى غير ذلك ، كان هذا اقرارا صحيحا بالبنوة ينهار معه كل شيء يراد به نفى نسب ذلك الولد ، ومن يليه من الأولاد الى حين الفرقة وبأن هذه المعاشرة لأمه معاشرة زوجية مشروعه حملا لحال المؤمن على الصلاح لأن الدين الاسلامى لا يقر معاشرة سواها .

٣٨/١١٥٥ الضواحى (٣٩/١١/٢٦) ت س م ش ٩٤/١/١٢

□■□

(المبدا ٦٦) : الحكم بثبوت النسب بناء على شادة الشهود مع انكار المدعى عليه الزوجية وعدم وجود وثيقة الزواج الرسمية ، لا ينافى نص المادة رقم ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ لأن دعوى النسب باقية على حكمها المقرر شرعا كما كانت قبل صدور هذا القانون .

سماع الاثبات على النسب . والحكم به مع عدم وجود وثيقة زواج رسمية لا ينافى ما نصت عليه المادة رقم ٩٩ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ الا اذا كانت ثابتة ، بوثيقة زواج رسمية لأ هذه الدعوى نسب ، وهى باقية على حكمها المقرر شرعا كما كانت قبل صدور هذا القانون ، ولا يؤثر فى هذا انكار المدعى عليه الزوجية بالمدعية فى التاريخ الذى ذكرته وهو أول يونيه سنة ٥١ وقد نصت المذكرة التفسيرية على ذلك .

٥٢/١٢٤٤ تلا (٥٢/٤/٢٨) ت س   م ش ٩٤/٢٥

□■□

(المبدا ٦٧) : قسيمة الميلاد قرينة على ثبوت النسب اذا لم يطعن عليها بالتزوير مع التمكن من الطعن .

من حيث أن شهادة الميلاد المقدمة من وكيل المدعى عليها ، وان كانت ورقة رسمية ، لصدورها من موظف عمومى مختص ، بمقتضى وظيفته باصدارها ، فهى ليست حجة فى اثبات نسب الولد من ابيه ، وان ذكر فيها انه ابن فلان ، لأنها لم توضع أولا وبالذات لاثبات النسب ، بل جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها ووضعت له ، كالولادة وتاريخها فذكر الأب مضافا الى اسم المولود الغرض منه تمييزه عن المولودين حتى لا يشتبه أمره معهم فى التكاليف والواجبات العامة ومن هذا يظهر أن ليس كل ما تدون بالورقة الرسمية ، تكون حجة فيه . بل ينظر فى ذلك الى ما يقع تحت حس ومشاهدة وعلم الموظف المختص باصدارها ، وقوعا صحيحا ، فيدونه بنفسه بها ، كذلك هنا النسب فان الموظف المختص يدون بها ما سمعه من القابلة ، وليس كل ما تقوله له ويدونه بها رسميا ، بل يقتصر فيه على ما لا يحتمل اى شك كحصول الولادة وتاريخها .

وشهادة الميلاد وان لم تصلح كورقة رسمية لأن تكون دليلا على النسب فانها تصلح كقرينة عليه لا يغفل شأنها .

٣٠/٢٨ أسيوط (٣٦/٦/٢٦) ت س   م ش ٥١٢/٥

□■□

(المبدا ٦٨) : علم والد الصغير بقيد الولد منسوبا اليه دون الطعن فى ذلك قرينة على صحة المراجعة .

علم والد الصغير بقيد الولد منسوبا اليه دون أن يتخذ اى اجراء للطعن فى ذلك قرينة على صحة ذلك .

٤٥/١٠٥٨ أسيوط (٤٥/٢/٨) ت س   م ش ٤٠٦/٢١

(المبدأ ٦٩) : سكوت والد الصغير عن الطعن على شهادة ميلاد ولده مع تمكنه قرينة على صحة ثبوت النسب .

سكوت والد الصغير عن الطعن على شهادة ميلاد ولده مع تمكنه من ذلك قرينة واضحة على صحة ثبوت نسبه منه .

١٠٥٨/٤٥ اسيوط (٤٧/٢/٨) ت س م ش ١٨٧/٢١

□■□

(المبدأ ٧٠) : سكوت المطلق عن نفى النسب عند ولادة مطلقته وعدم اعتراضه على اثبات المولود منسوبا اليه فى حكم الاقرار بالنسب .

سكوت المطلق عن نفى النسب عند ولادة مطلقته وعدم اعتراضه على اثبات المولود رسميا منسوبا اليه فى حكم الاقرار بالنسب فلا يعول على انكاره النسب بعد ذلك .

١٥٤٩/٤٩ السيدة (٥٠/١/١٩) م ش ١٠١/٢٤

□■□

(المبدأ ٧١) : عدم الطعن من والد الصغير فى شهادة ميلاده بعد عرضها عليه ، دليل على صحة نسبه اليه .

عدم الطعن من والد الصغير فى شهادة ميلاده بعد عرضها عليه ، دليل صحة الرجعة ونسبة الولد اليه .

٢١١٣/٥٣ ميت غمر (٥٤/٦/٢٨) ت س م ش ٨٧/٢٥

□■□

(المبدأ ٧٢) : ورقة الميلاد ليست من الأوراق الرسمية التى يثبت بها نسب الطفل لأنها غالبا ما تكون من املاء الأم او القابلة فنسبة الطفل فيها الى شخص ما لا يعتبر حجة عليه .

ان شهادة الميلاد ليست حجة فى اثبات النسب ايضا ، لأن القيد بدفاتر المواليد حسب النظم الموضوعة له ، لا يشترط فيه أن يكون القيد بناء على طلب الأب ، أو كيل عنه ، ويكفى فى القيد اخطار من القابلة ، او من الأم ، فلا يكون انتساب الطفل فيها الى شخص معروف حجة عليه ، فى ثبوت نسبه ، ما دام لم يقر بصحة البيانات المدونة بها .

١٨٣/٣٥ س مصر (٣٨/١/١٢) ت س م ش ٣٣/٤/١١

□■□

(المبدأ ٧٣) : التناقض فى دعوى العلاقة المنتجة للنسب .

اقرار مدعية النسب بأنها جاءت بالولد من المدعى عليه على فراش الزوجية الصحية ، وانها فى يوم كذا كانت زوجته ، وكانت حاملا منه ، بهذا الولد بعد اعترافها رسميا بأنها لم تكن فى اليوم المشار اليه زوجة للمدعى عليه لا بعقد رسمى ولا بعقد عرفى يعتبر ناقضا مانعا من سماع الدعوى ـ والتناقض فى هذه الحالة غير مغتفر لأنه تناقض فى دعوى العلاقة المنتجة للنسب وهى الزوجية لا فى دعوى النسب .

٤٣/٢٤٥ الخليفة (٤٤/٩/٩) ت س　　　م ش ١٥٣/١٧

□■□

(المبدأ ٧٤) : نفى نسبب الولد فى غير الاوقات المنصوص عليها لا يعول عليه

نفى الاب نسب ولده فى غير الاوقات المنصوص عليها شرعا لا يعول عليه .

٤٥/١٠٥٨ اسيوط (٤٧/٢/٨) ت س　　　م ش ٤٠٦/٢١

□■□

(المبدأ ٧٥) : لا يقبل نفى نسب الولد مع قيام الزوجية اذ الولد للفراش .

لا يقبل من الزوج نفى نسب الولد فى دعوى نفقة بعد اعلانه بها بأشهر بدعوى اقامته فى جهة غير التى تقيم بها الزوجة من قبل الولادة بسنة متى ثبت عدم التلاقى بينهما او تحايل دمه ودم الولد حيث لا موجب له مع قيام الزوجية اذ الولد للفراش .

٤٠/٤٢٦ ك بنى سويف (٤١/١٠/٢٨) ت س　　　م ش ٦٣/١٥

□■□

(المبدأ ٧٦) : لا يقبل نفى نسب الولد اذا ثبت أنها جاءت به لستة اشهر فاكثر بعد التسليم بالحمل والولادة وتعيين المولود .

حيث انه لا نزاع بين الطرفين فى الحمل ولا فى الولادة ولا فى تعين الولد الذى جاءت به المدعية على فراش الزوجية الصحيحة فيثبت نسبه شرعا من المستأنف ولا يقبل منه نفيه بأى حال من الأحوال وخاصة بعد ان طلقها وانقضت عدتها .

٣٧/٤٤٣ س ك مصر (٣٨/٣/١٠)　　　م ش ٣٥/٩

□■□

(المبدا ٧٧) المنصوص عليه شرعا ان نفى نسب الولد لايقطع النسب الا بشروط منها ان يكون النفى عند الولادة او التهنئة ــ وان لا يسبقه اقرار بالنسب نصا او دلالة .

المنصوص عليه أن نفى نسب الولد لا يكون معتبرا ولا يقطع النسب الا بشروط منها أن يكون النفى عند الولادة وعند التهنئة ، ومنها الا يسبق النفى اقرار بالنسب لا نصا ولا دلالة فان سبق لا يصح النفى ، فاذا قال الولد منى أو سكت عند التهنئة بولادته ثم نفاه بعد ذلك لا يقبل منه لأن النسب بعد الثبوت صار حقا للولد فلا يمكن الرجوع فيه .

٤٩/١٥٤٩ السيد (٥٠/١/١٩) ت س م س ١٠١/٢٤

□■□

(المبدا ٧٨) : لا يكفى مجرد انكار النسب .

لا يكفى مجرد انكار النسب بل لا بد من اتخاذ اجراءات نفيه فى حينه.

٣٨/١١٥٥ الضواحى (٣٩/١١/٢٦) ت س م ش ٦٤/١/١٢

□■□

(المبدا ٧٩) : لا تسمع عند الانكار ادعاء المعتدة الولادة لاقل من سنتين من وقت الفرقة الا بحجة تامة رجلين او رجل وامراتين خلافا لما اذا كان الفراش قائما او كان الحبل ظاهرا او وجد اعتراف بالحبل فتكفى شهادة المراة المسلمة العدل .

القاعدة الشرعية أن معتدة الطلاق الرجعى أو البائن او معتدة الوفاة وقت الفرقة وجحدها الزوج والورثة لا تثبت الا بحجة تامة ، رجلين أو اذا ادعت الولادة لأقل من سنتين (راجع المادة ١٥ من ٢٥ سنة ١٩٢٩) من رجل وامرأتين لأن الفراش قد انقضى بالولادة لتحقق خروج المراة من العدة فان كان الفراش أو كان الحبل ظاهرا أو وجد اعتراف بالحبل من الزوج أو الورثة تكفى شهادة المراة المسلمة الحرة العدلة وهذا مذهب ابى حنيفة ــ وقال الصاحبان تكفى شهادة المراة المتصفة بما ذكر ــ وجه قول الامام ــ ان العدة تنتفى بوضع الحمل والمنتفى ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف من الزوج ، لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها ــ ووجه قول الصاحبين « أن الفراش قائم بقيام العدة والفراش ملزم للنسب والحاجة هى الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها كما فى حال قيام النكاح الهداية ورد المحتار والدر المختار » واجمع علماء

الحنيفيــة على انه اذا كان النكاح قائما فانما يثبت النسب بقيــام الفراش ويثبت تعيين الولد بشهادة المراة « فتح القدير ص ٣٠٠ جزء ٣ » وفى فتح القدير والعناية جزء ٣ » لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشــتراط شهادة الرجل اى عند الامام ، واجيب بأن النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتــا بين شهود وهم يعلمون انه ليس فيه غيرها ، ثم خرجت مع الولد كفى لأداء الشهادة او كانوا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا .

٣٤/٤٧٧ كرموز (٢٦/١/٣٠) ت س   م ش ٨٦٣/٧

□■□

(المبدا ٨٠) : نسب ولد الزوجة اذا كان بينها وبين زوجهــا لعان لا ينتفى بمجرد النفى ما لم يضم اليه اللعان .

المنصوص عليــه شرعا ان نسب ولد زوجين يجــرى بينهما اللعــان لا ينتفى بمجرد النفى لأن فراش النــكاح لازم لايحتمل النفى فكان قويا فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفى ما لم يضم اليه اللعان كما جاءت بكتاب البدائع ص ٢٥٥ من الجزء الســادس .

٤٣/٧٩٥ البلينا (٤٤/٢/٢٤)   م ش ٢٣٨/٦/١٦

□■□

(المبدا ٨١) : دعوى النسب بقاؤها على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلامية جواز اثباتها بالبينة .

دعوى النسب لاتزال باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الاسلاميــة ويجوز اثباتها بالبينة .

٣٣/١٤ ق (٦٦/١٢/٧)   م ش ١٨١١/١٧

□■□

(المبدا ٨٢) : دعوى النسب سماعا مجردة ـ محله ان يكون النسب المتنازع فيه مما يصح اقرار المدعى به ويثبت باعترافه وليس فيــه تحميل النسب على الغير . سماع دعوى النسب ضمن حق آخر محله ان يكون مما لا يصح اقرار المدعى عليه به ولا يثبت باعترافه وفيه تحميل النسب على الغير .

الأصل فى دعوى النسب ان ينظر الى النسب المتنازع فيه ، فلو كان مما يصح اقرار المدعى عليه به ويثبت باعترافه وليس فيــه تحميل النسب

على الغير كالأبوة والبنوة فانها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر ، سواء ادعى المدعى لنفسه حقا او لم يدع ، ويغتفر فيه التناقض – لأن مقصودها الأصلى هو النسب ، والنسب يغتفر فيه التناقض – للخفاء الحاصل فيه ، اما لو كان مما لا يصح اقرار المدعى عليه به ولا يثبت باعترافه وفيه تحميل النسب على الغير كالأخوة والعمومة لا تسمع الا ان يدعى حقا من ارث أو نفقة ويكون هو المقصود الأول فيها ولا يغتفر فيها التناقض لأنه تناقض فى دعوى مال لا فى دعوى نسب ، ودعوى المال يضرها التناقض مادام باقيا لم يرتفع ولم يوجد ما يرفعه بامكان حمل أحد الكلامين على الآخر، أو بتصديق الخصم او بتكذيب الحاكم ، او بقول المتناقض « – تركت الكلام الأول » مع امكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر، وهو يتحقق متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد وكان أحد الكلامين فى مجلس القاضى .

٣٢/٣٢ ق (٦٦/٥/٢٩)　　　　م ش ١٤٨١/١٧

□■□

(المبدأ ٨٣) : دعوى البنوة حال حياة الأب تصح مجردة وتصح ضمن حق .

دعوى النسب فى البنوة حال حياة الأب تصبح مجردة وتصح ضمن حق ويكون المدعى عليه خصما فيها لو نكر طبقا للقواعد الشرعية (معين الحكام ص ٦٧) .

٢٧/٨٢٠ سمالوط (٢٨/٥/١٧)　　　　م ش ٦٥٤/٢

□■□

(المبدأ ٨٤) : سماع دعوى نسب سبق القضاء به .

ان كل دعوى واردة على نسب سبق القضاء به فان لم تكن معارضة لهذا النسب وأمكن الجمع بينها وبينه سمعت وقبلت بينتها سواء ترتب عليها نقض القضاء الأول – كما اذا شهدا بأنه اخ والميت وقضى له بالميراث ثم شهد آخران لآخر انه ابنه حيث يقضى له وينقض القضاء الأول وليس فى هذا معارضة للنسب الأول كما بينا – أو لم يترتب عليها نقض القضاء الأول كما اذا ثبتت بنوة واحد من المتوفى وقضى له بالميراث ثم ادعى آخر البنوة فقضى له معه ، أما اذا كانت معارضة للنسب المقضى به كأن حكم بأن محمدا هو ابن على بن عمران مثلا وادعى أحد بعد ذلك انه محمد بن على ابن بكر فانها لا تسمع ولاتقبل عليها البينة قطعا . وبطبيعة الحال لا تنقض القضاء الأول – والقول الفصل فى هذه المسألة هو ما صرح به شمس الدين

السرخسي في كتاب المبسوط في الجزء ١٦ صفحة ١٥١ ونصه : « ولو مات رجل فاقام آخر البينة أن الميت فلان ابن فلان وانه فلان ابن فلان حتى ينتقوا الى اب واحد وهو عصبته واقاربه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث لأنه اثبت سبب الوراثة متصلا بالحجة فان جاء آخر واقام البينة أن الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا ابوه لا وراث له غيره جعلت الميراث لهذا وابطلت القضاء الأول لأن البينة الثانية طاعنة في البينة الأول رافعة لها ، وانه يتبين بها ان الأول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو اقرب منه ولا تقبل البينة من غير خصم ، فلهذا يبطل القضاء الأول وان اقام الثاني البينة أن الميت فلان ابن فلان ونسبه الى اب آخر وقبيلة أخرى وأنه فلان ابن عمه الى اب واحد لا وارث له غيره لم احول النسب بعد ان يثبت من فخذ ومن اب الى أن يجيء من هو اقرب من الذي جعلت له الميراث لأن البينة الثانية ليست بطاعنة في الأولى ولكنها معارضة للاولى — وعند المعارضة ترجح الأولى لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لأن الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مشتبه » وقال في صفحة ١٥٣ ما نصه « أن الولاء كالنسب من حيث أنه لا يحتمل النقض والفسخ ولا يحتمل من شخص الى شخص آخر ثم في النسب اذا ترجحت البينة الأولى بالقضاء لم تقبل الثانية بعد ذلك » .

ق ٣٢/٤٧ العليا (١٢/١٢/٢٩) م ش ٥٥١/٤

□■□

(المبدأ ٨٥) : القضاء بالنسب قضاء على الكافة :

قال الفقهاء القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعداه الى غيره الا في خمس ، ففي اربع يتعدى الى كافة الناس فلا تسمع دعوى احد فيه بعده في الحرية والنسب الى آخره . راجع كتاب القضاء في الأشباه والنظائر — وقد تبين مما تقدم في المسألة الأولى أن القضاء في دعوى الارث على اختلاف انواعها قضاء بالنسب شرعا مستوف لجميع شروط القضاء واحكامه من الدعاوى الشرعية والخصوم الشرعيين ومجرد كون الغرض الأول منه المال لا يقدح في ذلك خصوصا وأن القضاء بالمال متوقف على القضاء بالنسب ومترتب عليه حتى أن الامام ابا حنيفة رضي الله عنه قال لابد ان يقيم المدعي أولا بينته على النسب والموت لاثبات الخصومة والصفة ثم يقيم ثانيا بينته على الحق المدعى حتى لو اقام بينة واحدة عليهما جملة يقضي بالموت والنسب دون الحق ثم تعاد البينة على الحق ليقضى به ، وعلى هذا فالقضاء بالنسب لا يقتصر على المقضى عليه هو قضاء على الكافة فلا تسمع دعوى ، احد فيه بعده لافرق في ذلك بين اثبات النسب من الحي أو من الميت [illegible]

تقـدمته دعوى صحيحة اولا حيث لم يشترط ذلك فى دعوى اثبـات نسب الأصول والفروع والزوجية والمدعى عليه فيها حاضر ـ جاء فى الانقـروية صـفحة ٩٨ ما نصه : « ادعى على آخر انه اخوه لأبويه ، ان أدعى ارثا او نفقة وبرهن يبقل ، ويكون قضاء على الغائب ايضا حتى لو حضر الاب وانكـر يقبل ولا يحتاج الى اعادة البينـة لأنه لا يتوصل اليه الا باثبات الحق على الغائب «غير ان الفقهاء قد اوردوا فروعا كثيرة يخيل الى المطلع عليها بادىء ذى بدء انهم قالوا بسماع دعوى النسب المقضى فيه من غير المقضى عليه بما يخالف ما صدر به حكم القضاء ولم يعتبروا القضاء السابق مانعا من سماع الدعوى ولكن بقليل من التامل يعلم أن هذه الفروع لم تشذ عن القاعدة ـ جاء فى الأنقروية جزء اول ، صفحة ٤١٣ ما نصه « شـهد رجلان لرجل أنه اخو الميت لأبيه وامه ووارثه لا يعلمان له وارثا غيره فقضى به ثم شهدا لآخر انه ابن الميت ووارثه لا يقبل ويضمنان للاب ما اخذه الأخ ، ولو شهدا لآخر انه أخوه لأبيه وامه ووارثه لا يعلمان له وارثا غيره وغير الأول تقبل ويدخل الثانى مع الأول فى الميراث ولا ضمان على الشاهدين للاول ولا للثانى ، ظاهر أنه انما لم تقبل شهادتهما فى الأول لعدم امكان التوفيق بين الشهادتين وقد سبقت الأولى واتصل بها القضاء فلا تنقض بالثانية فان التوفيق ممكن بأن يثبت الاخوان ويشتركا فى الميراث . واما قولهما لا يعلمان وارثا غـيره فى الأول فهو ليس من ضمن الشهادة لما صرح به صاحب الانقروية فى الصفحة التالية حيث قال ما نصه : « وقولهما وارث له غيره يحمل على قولهما لا نعلم له وارثا غيره ثم علما وارثا آخر فشـهدا به فانها تقبل لأن قولهما لا نعلم زائد ليس من متن الشهادة لانهما لو قالا نشـهد انه اخـوه ووارثه كفى أو لانه يجوز ان يعلما بعد ما لم يعلما فلا تناقض » ثم قال شهد شاهدان ان فلانا اخو الميت لأمه وأبيه لا نعلم له وارثا غيره وقضى به ثم شهد آخران ان فلانا مثلا ابنه ينتقض القضاء الاول » وانما قبلت الشهادة الثانية بالابن هنا ولم تقبل فى الصورة السابقة لأنها هنا من شاهدين آخرين وليس فى قبولهمـا تكذيب للشاهدين السابقين بخلاف ما اذا اتحدا فشهدا اولا بالأخ وثانيـا بالإبن فان احدى الشهادتين كاذبة لا محالة وقد ترتب على قبول الشـهادة هنا تنـاقض فقط لا ابطـال النسب الأول ولولا ان الأخ يحجب بالابن عن الميراث لشارك الأول والثانى فيه ثم قال (شهدا لرجل انه جد الميت وقضى بذلك ثم جاء رجل فادعى انه ابالميت واقامالبينة يقضىله وهو احقبالميراث) وجاء فىالجزء الثانى صفحة(٩٩)مانصه«جاء رجلواقام بينة انهابو هذا الميت فالقاضى لا يقبل بينته ولا يدخل مع الأول ولو جاز ان يكون أبا ثانيا لدخل الثانى مـع الأول كمـا فى الأبناء والبنـات ولو ان القاضى الثانى حين قضى بالميراثللثانى قالالأول انا اقيم بينةعندك انىابو الميت لايلتفتاليه وانأقام الأول بينة علىأن القاضى الأولحين قضى بابوته جعل القاضى الثانى الميراث

للأول ولو أن القاضي لم يقض بأبوة الثاني حتى أقام الأول بينة على أبوته قضى القاضي بالميراث بينهما لاستوائهما فى الدعوى والحجـة » الى أن قال وان زعم الأول انه ابن الميت وان القاضي قضى له بالميراث لذلك وأقام آخر البينة بمثله اشتركا فى الميراث وان سـبق الحكم لأحـدهما « وعلق عليـه بالهامش ما نصه : «لأن سبق الحكم لأحدهما لا يدفع الثاني لامكان الجمع»

٣٢/٤٧ العليا (٣٢/١٢/٤٢) م ش ٩/ ٥٥١

□■□

(المبدأ ٨٦) : واجب لدعوى بنوة ابن العم الشقيق ذكر نسـبه الى الجد الجامع والأم الجامعة .

ان دعوى بنوة ابن العم يحتاج فيها الى ذكر نسب العم والأم الى الجد ليصير معلوما اذ العمومة أنواع والمدعى لم يستطع بيان اسم والدة جده ، ووالد الغائب حتى يتضح منه أنه ابن عمه الشـقيق أو غـيره واذا كانت نسـبة العم والأم الى الجد يحتاج اليها فى دعوى بنوة العم فمجرد ذكر اسم الأم الجامعة محتاج اليها بالطريق الأولى .

٣٣/٥٥٣ الاقصر (٢٤/٣/١١) م ش ٦/ ٤٣١

□■□

المبدأ ٨٧) : دعوى النسب بعد وفاة المورث لا ترفع اسـتقلالا ـ يجب رفعها ضمن دعوى حق فى التركة ـ اختصاص القاضي الشرعي بدعوى النسب عملا بقـاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع . خروج دعوى النسب من اختصاص المجالس المالية .

دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها اسـتقلالا ، وبالنسب وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه ، مما ينبني عليه أن اختصاص القاضي الشرعي بالنظر فى دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين يستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب عملا بقـاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ولا مجـال للقول بفصل دعـوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى من اختصاص المجلس الملى لأنه اذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا من المجالس الملية فان دعوى الميراث لا تكون الا مجرد تقسيم للتركة لاتقتضى الالتجاء الى القضاء ولا جدوى من الاستناد الى القانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ فى هذا الصدد لأن هذا القانون انما نقل الاختصاص من المحاكم الشرعية والمجالس الملية الى القضاء

العام دون تغيير لقواعد الاختصاص السابقة فيما بين القضاء الشرعي والمجالس الملية .

نقض ٢٩/٤٠ ق (٦٣/٦/١٩) س ٨٤٤/١٤

□■□

(المبدأ ٨٨) : لا يقبل دفع دعوى النسب للارث باشتهار المدعي بنسب آخر اذا اعترف به المتوفى .

لا يقبل دفع دعوى النسب للارث، باشتهار المدعي بنسب آخر اذا كان المتوفى معترفا بالنسب المدعى .

٣٠/١٧٢ ك س مصر (٣٢/٩/١٩) ت س م ش ٥٩٨/٤

□■□

(المبدأ ٨٩) : المنصوص عليه في باب دعوى الولد من الزنى ان الرجل اذا اقر بانه زنى بامراة حرة وان هذا الولد ابنه من الزنى وصدقته فان الولد لا يثبت لواحد منهما ، فان شهدت القابلة بالولادة ثبت نسبه منها دون الرجل لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر ».

المنصوص عليه في باب دعوى الولد من الزنى ص ١٥٤ من الجزء ١٧ من المبسوط أن الرجل اذ أقر أنه زنى بامراة حرة وان هذا الولد ابنه من الزنى وصدقته فان النسب لا يثبت من واحد منهما ، فان شهدت القابلة بالولادة ثبت نسبه منها دون الرجل، لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ولا فراش للزاني ـ وظاهر من التعليل أن الولد لا يثبت نسبه منه ولو ادعاه بعد ذلك ويدل على هذا الظاهر ما ذكره صاحب البدائع بكتاب الدعوى ص ٢٤٢ من الجزء السادس من أن نسب الولد لا يثبت من الرجل الا بأن تكون أمه فراشا لهذا الرجل الحديث (الولد للفراش وللعاهر الحجر) فلا نسب الا حيث يوجد فراش ولهذا اذا زنى الرجل بامراة فأتت بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لانعدام الفراش.

٣٤/١١١ ك مصر (٣٦/٤/١٤) ت س م ش ١٢٢/١/٩

□■□

(المبدأ ٩٠) : طلب والد الصغير صرف مصاريف تجهيزه قرينة على نسبة الولد اليه .

تقدم والد الصغير بطلب صرف مصاريف تجهيزه ودفنه من الجهة التي يعمل بها قرينة قاطعة على نسب الولد اليه .

٥٣/٢١١٣ ميت غمر (٥٤/٦/٢٨) ت س م ش ٨٧/٢٥

□■□

(المبدا ٩١) : من ادلة ثبوت النسب من العاقد ظهور حمل مستكن قبل اجراء العقد .

ظهور حمل مستكن قبل اجـراء العقـد الرسمى دليل على ثبوت النسب من العاقد .

٥٢/١٢٤٤ تلا (٥٣/٤/٢٨) ت س   م ش ٩٤/٢٥

□■□

(المبدا ٩٢) : من القرائن على ثبوت النسب مخالطـة المدعى عليـه للمدعية بعد الوضع .

□■□

مخالطة المدعى عليه للمدعية بعد الوضـع وسكوته على ذلك مدة تمكنه من رفع دعوى نفى النسب قرينة على ثبوت النسب .

٥٢/١٢٤٤ (٥٢/٤/١٨) ب س   م ش ٩٤/٥٢

□■□

(المبدا ٩٣) : يثبت نسب الولد من زوجية مدعاة بعد أول اغسطس سنة ٣١ ولو لم يوجد بها وثيقة زواج .

ان دعوى النسب غير دعوى الزوجية ، فلا يسرى عليهـا حكم المادة ٩٩ ق ٧٨ سنة ٢١ فيسمع فيها كل الاثبات ولا تتوقف على وجود وثيقة الزوج كما هو حكم الفقه وكما هو ظاهر من نفس المذكرة الايضاحية للقانون المذكور .

٣٤/١٢٩٧ المنيا (٣٦/٥/١٨) ت س   م ش ١٧٢/١٠

□■□

(المبدا ٩٤) : الحكم بنفقة زوجية وصدور اشاد بطلاق هذه الزوجة والحكم بنفقة لولدها مما يثبت بنوته لها من والده .

الحكم بنفقةالزوجية وصدور أشهاد بطلاق هذه الزوجـة والحكم بنفقة لولدها على والده مما يثبت بنوة هذا الولد لها من والده المحكوم عليه ووراثته له عند وفاته .

٣٨/١٥١ العليا (٢٩/٩/٥)   م ش ١٥/٤/١١

□■□

(المبدا ٩٥) : تحقيق نسب الطفل .

متى كانت الحقائق العلمية المسلم بهـا فى الطب الشرعى الحـديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع بنتيجة فى نفى نسب الطفل عنـد المنازعة فيه وان كان من غير اللازم أن تقطع فى ثبوته ، واتحاد الفصائل او اختلافها بين الأصول والفروع أيا كان الرأى العلمى فيـه ، هو اعتبار عام لا ينهض فى وجه ما تمسك به المتهم فى خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن

نسبته اليه ولو بدليل محتمل ، محتكما الى الخبرة الفنيــة البحت التى لا تستطيع المحكمة ان تشق طريقـا فيها الا بمعونة ذويها ، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهى اليه رأى المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل المسائل أن المتفل لا يمكن أن يعزى الى المتهم ، وكان رد الدفاع يحدث فى وجدان القاضى ما يحدثه دليل الثبوت ، فانه كان يتعين على المحكمــة أن تحقق هذ الدفاع الجوهرى عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعى اما وهى لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم ان تتحـد فسائل دماء الأصول والفروع فانها بذلك تكون قد أحلت نفســها محل الخبيـر الفنى فى مسألة فنيه ، ويكون حكمها معيبا بالاخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه .

نقض ٣٨/١٢١٧ ق (٦٨/١٠/٢١) جنائى س ٨٥٠/١٩

□■□

(المبدأ ٩٦) : تصرفات الابوين التى لا تصل الى نفى قرائن النسب لا تنفى نسب الولد لأبيه .

نسب الولد لأبيــه لا ينتفى ولا يتأثر ثبوته بما يصــدر من أبويه من تصرفات لا تصــل الى نفى قرائن هــذا الثبــوت ،، يكفى فى دلالة الحكم الشهادة المحررة به ولو لم ينص على الدليل الذى انبنى عليه .

٢٣٢/٢٧ العليا (٢٤/١/٢١) م ش ٤٣٣/٥

□■□

(المبدأ ٩٧) : نسب ولد المعتدة من المتوفى يثبت اذا اتت به لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة .

يثبت نسب ولد المعتــدة من المتوفى متى اتت به لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة ولا يؤثر فى ذلك انكار النسب خصوصا اذا سبق اقرار رسمى بالولادة (١) .

٣٠/٢٨ أسيوط (٣٣/٦/٢٦) ت س م ش ٥١٢/٥

□■□

(المبدأ ٩٨) : لا يثبت نسب من جاءت به لأقل من ســتة اشهر من يوم تزوجها .

المنصوص عليه شرعا (أنه اذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لأقل من ستة اشهر من تزوجها لم يثبت نسبة لأن العلوق ســابق على النكاح فلا يكون منه) .

٥٢/٤٨٣ ميت غمر (٥٢/٤/١٥) م ش ٤٢٧/٢٣

---

(١) راجع المادة ١٥ ق ١٩٢٩/٢٥ .

نشـــوز

(المبدأ ١) : النشوز شرعا .

النشوز شرعا هو خروج الزوجة من منزل زوجهـا ومنعها نفسهـا منه ـ فلم يكن من مفهومه المال .

٢٩/٨ العياط (٢٩/١٢/١٦) م ش ١/٦٢٨

□■□

(المبدأ ٢) : النشوز معصية لا تقر عليها الناشز ولا تستحق معها نفقـة .

وحيث أنه قد ثبت نشوز المدعى عليها من تاريخ الحكم بالطاعة حتى الآن ، والنشوز معصية لا تقر عليها الناشز ، ولا تستحق النفقة ، والوجه الشرعي يقضى بمنعها من المقرر لها من اليوم التالى لحكم الطاعة حتى تعود لهـا .

٢٣/١٠٤٥ كرموز (٣٤/٥/١٢) ت س م ش ٧/٤٨١

□■□

(المبدأ ٣) : النشوز امر وجودى يمكن البرهان عليه .

ان النشوز أمر وجودى يمكن البرهان عليـه بأى طريق من طـرق الاثبات الشرعية ، فيمكن اثبـاته بشهادة الشهود ، وبالأوراق ، وباقرار الزوجة ـ ومتى ثبت بأى طـريق ترتب عليـه أثره ، مـن حرمان الزوجة الزوجة النـاشز من نفقتها ، ما دامت كذلك ، فيصـبح للزوج أن يطلب الحكم بمنعهـا من نفقتها لنشوزها ، ويثبت ذلك بالبينـة ، وان لم يكن صدر عليها حكم بالطاعة وهذا لا خلاف فيه .

٢٩/٤٠٥٦ ك س مصر (٤١/١٠/٢٠) م ش ٥٧/٢/١٣

□■□

(المبدأ ٤) : صدور حكم الطاعة ليس شرطا لثبوت النشوز .

صـدور حكم الطاعة ليس شرطا لثبوت النشوز ، فضلا عن صيرورته نهـائيا وتنفيذه ـ وليس حكم الطاعة فى دعوى النشوز الا دليلا على تحقق

عناصر النشوز ، من وقت صدوره ـ وهى ايفاء العاجل واعداد المسكن وعودتها اليه وعدم وجودها فيه وانتفاء المانع ، فاذا كان الشرع قد اعطاها حقا فى ان تطعن على هذا الحكم لاحتمال أن يكون به خطأ يوجب نقضه ، فذلك اجراء قانونى فقط لا علاقة له بالحكم الشرعى وهو عدم استحقاق الزوجة الناشز نفقة على زوجها من وقت نشوزها .

٣٩/٤٠٥٦ س ك مصر (٤١/١٠/٣٠)　　　م ش ٥٧/٣/١٣

□■□

(المبدا ٥) : لا تعتبر الزوجة ناشزا غير مستحقة للنفقة فى مدة سابقة على التاريخ الذى اصبح فيه حكم النفقة او الطاعة نهائيا ، ولا مع ترك الزوجة مطالبته اياها بطاعته بعد ذلك .

ان المستانف عليه لم يدع زوجته المستانفة لطاعته ، لا بطريق ودى مألوف ، ولا بطريق جبرى معروف ، (تنفيذ حكم الطاعة) والنشوز انما يتحقق بامتناعها بعد الطلب ، فاذا لم تطلب للطاعة استحقت النفقة ، ولا تكون ناشزا ، فقد نص الفقهاء على أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بمجرد العقد عليها ولو بقيت فى بيت اهلها ما لم يطلبها الى بيته فتمتنع ، وعللوا بأن النفقة حقها ، والنقلة الى بيته حقه ، وتركه المطالبة بحقه لا يمنعها من المطالبة بحقها (يراجع جامع الفصولين فى النفقة عن لطائف الاشارات) وهو تعليل حسن مقبول يتفق مع عرف الناس وعاداتم ، أما القائل بأنه يجب على الزوجة أن تذهب الى بيت الطاعة من تلقاء نفسها قبل أن يدعوها الزوج اليه فقد نسى أو تناسى عزتها ، وللعائلات كرامتها، وفى الأخذ بقوله اذلال لنفس الزوجة ، وحط من كرامة اهلها ، وتكليف لها بما ليس فى وسعها ، وبما لا يرى ذوو النفوس الأبية (أن دونه خرط القتاد) ويقينا ان القائل بهذا لا يرضاه لخاصة نفسه ولا لذوى قرابته ، وكأنه يعيش فى غير أيامنا ، والحق ان الزوجة لا تكون ناشزا الا اذا دعيت للطاعة وامتنعت بغير حق أما مجرد تهيئة المسكن وقيام حكم الطاعة ووجود الزوجة بعيدة عنه فلا يحقق النشوز .

٢٣/١٧٧٢ س ك مصر (٣٤/٦/٢١)　　　م ش ٧٢٠/٦

□■□

(المبدا ٦) : تعتبر الزوجة ناشزا متى كان المسكن شرعيا وهى خارجة عنه .

المنصوص عليه شرعا أن المرأة تعتبر ناشزا متى كان المسكن شرعيا وهى خارجة عنه .

٢٩/٦٣٤ دمياط (٣٠/١/٦)　　　م ش ٥٢٦/١

□■□

(المبدا ٧) : متى أعد الزوج لزوجته مسكنا شرعيا وعلمت به (حكم عليها بالطاعة فيه) وجب عليها المبادرة اليه والا اعتبرت ناشزا بدون توقف على تنفيذ حكم الطاعة .

حيث ثبت من التـأشيرات على صورة حكم الطاعة التنفيـذية ومن صوره محضر البوليس المذكورين ، انه ليس ثمة مانع يمنعها من الدخول فى طاعته ، سوى انه لم يدفع لها متجمد النفقـة ، وقد اعترفت بشرعيـة المسكن فى حكم الطاعة ، وفى صورة محضر البوليس ، وبما أن امتنـاعها عن الدخول فى طاعته حينئذ يكون نشوزا ، والنشوز معصية لا تقر عليـه ، ولا تستحق المفروض لنفقتها ما دامت كذلك ، وليس طريق الاستيلاء على متجمد النفقة بأن تمتنع من الدخول فى طاعته ، بل لها طريق آخر غير هذا الطريق ، كان عليهـا أن تسلكه اذا أرادت ، فعدم سلوكها هـذا الطريق دليل العنت منها ، وبما أن محضر البوليس ليس فيه تحايل ولا تلبيس ، بل هو محضر رسمى صـادر على يد موظف مختص ، وقد اثبت فيـه الحالة الواقعة ، وازاء الاكتفاء من الزوج بامتناعها لأن تنفيذ الحكم عليها قهرا يجب عليه اثبات تلك الوقائع ، والا كان مسئولا عن عدم التنفيذ ، فهو لهذه الحالة لا يخرج عن كونه محضر تنفيذ بالمعنى الكامل ، وبما ان التنفيذ الجبرى من حق الزوج ان شاء استعمله ، وان شاء لم يستعمله ، فعدم استعماله او تعمد عدم استعماله لا يخرجها عن كونها واجب عليها التنفيذ شرعا بمجرد اعداد المنزل ، وعليها المبادرة اليه ، والا تعتبر ناشزا ، وحيث صدر حكم الطاعة وثبت شرعية المسكن وانتفاء المانع باعترافها فكان الواجب عليها المبادرة الى مسكن الطاعة بدون حاجة الى انتظار التنفيذ من الزوج ولا يلزم شرعا باستعمالها ولا يتوقف النشوز على استعمال تلك القوة .

٣٠/٦٣٢ كرموز (٣١/٢/٢٤) ت س   م ش ٥/٨٩١

□■□

(المبدا ٨) : لا تعتبر الزوجة ناشزا مع ثبوت شغل المسكن بسـكنى الغير وعدم وجود ادواته بدلالة محضر الحجز .

حيث انه ثابت من محضر المعاينة الذى حرر يوم الحكم ان المسكن لم تكن به أدوات فى ذلك اليوم ، وانما استحضر بعضها من أعلى المسكن ، كما أنه ثابت من محضر الحجز الذى وقع على مسكن الطاعة ان المسكن مشغول بسكن رجل وامراة أجنبيين ، فلا مسكن شرعى يجب على المستانفة الطاعة

فيه ، فلا نشوز تحرم بسببه من نفقتها المقررة ، ويكون المدعى غير محق فى طلبه المنع من النفقة .

٣١/٣٢٢ ك س مصر (٣١/١٢/٢٨) م ش ٥٥/٤

□■□

(المبدأ ٩) : تعرض الزوجة لزوجها فى طلبه ابطال اجرة مسكنها عليه دليل على نشوزها .

أن تعرض المستانف عليهـا للمستانف فى دعوى ابطال أجرة المسكن يتضمن اعترافها بأنها ليست فى بيت الطاعة ، اذ لو كانت به لما تعرضت للمستانف فى دعوى ابطال المسكن المذكور ، ومن حيث أنهـا بذلك تكون ناشزا ، والناشز لا نفقة لها ما دامت كذلك كمـا لا تستحق أجرة مسكن لنشوزها ولتهيئة مسكن الطاعة لها التهيئة الشرعية .

٣٣/٢٩١ ك س الزقازيق ٢٠/٥/٣٤) م ش ٧١٨/٦

□■□

(المبدأ ١٠) : لا يجاب طلب الزوج امر زوجته بالكف عن المطالبة بمفروضهـا للنشوز بثبوت ضربه اياها وايذائها حتى تقرر لهـا علاج وحكم عليه بغرامة من اجل ذلك .

حيث انه تبين أن المستانف لا يقصد بدعوى النشوز المتكررة الا الكيد والاضرار بالمستانف عليها ، وانه ضربها واذاها ــ وحكم عليه فيه من أجل ضربه اياها وتقرير علاج لهـا بغرامة ــ ومتى كان الأمر كذلك فلا تكون ناشزة عن طاعته .

٣٤/١٣١ س ك مصر (٣٤/١٢/٧) س ٧٣٠/٦

□■□

(المبدأ ١١) خروج الزوجة من مسكن الطاعة من تاريخ استشكالها فى حكم الطاعة وعدم عودتها اليه يعتبر نشوزا مانعا لاستحقاقها النفقة ولو ادعت ضربه اياها وايذائه لهـا مما يستلزم تعـذير الزوج حتى يقلع عنه لا خروجها عن طاعته .

وبما أنه ثابت من اقوال وكيل المستانف عليهـا انها استشكلت فى حكم الطاعة ، وانها خرجت من مسكن الطاعة من تاريخ الاشكال ، ولم تدع أنها عادت اليه بعد ذلك . وبما أن خروجها من مسكن الطاعة على هـذا

الوجه يعد نشوزا مانعا من استحقاقها النفقة على زوجها ، وما دفعت به من ان زوجها المستانف ضربها ضربا خارجا عن حد التاديب الجائز شرعا ، على فرض صحته ، فانه لا يسوغ لها الخروج من طاعة زوجها ، وانما اللازم فى هذه الحالة أن يعذر الزوج بما يمنعه من العود الى مثل هذا الايذاء ، وقد حكم عليه بغرامة نظير ما وقع من ايذائها وهذا يعد تعذيرا.

٣٤/٣٨٢ س ك مصر (٢٥/١/٢) م ش ٧٣١/٦

□■□

(المبدأ ١٢) : دفع الزوجة دعوى نشوزها بشغل المسكن اقرار على النشوز .

اذا دفعت الزوجة دعوى نشوزها من المسكن المحكوم عليها بالطاعة فيه بشغله كان هذا اقرارا منها بالنشوز اذا لم تقم على دفعها بينة .

٢٩/٦٠٨ بنى سويف (٣٠/٣/٣٠) ت س م ش ٢٧٦/٢

□■□

(المبدأ ١٣) : تكون الزوجة ناشزا فى المدة بين الحكم بالطاعة وتأبيده استئنافيا .

تكون الزوجة ناشزا عن طاعة زوجها فى المدة بين الحكم بالطاعة ابتدائيا وتأبيده استئنافيا ، ولا تكون ناشزا اذا عرضت نفسها للدخول فى مسكن الطاعة فامتنع عليها ذلك واثبتت فى دفتر احوال البوليس ثم عرضت نفسها على زوجها أمام المحكمة فى عدة جلسات مع عدم اتخاذ الزوج جراءات تنفيذ الحكم الصادر له بالطاعة .

٢١/١٦٣٣ ك س مصر (٣٢/٧/١٤) م ش ٨٧٠/٣

□■□

(المبدأ ١٤) : الدفع بعدم شرعية المسكن وعدم اثباته اقرار بشرعيته .

يعتبر دفع المدعى عليها دعوى النشوز بزوال شرعية المسكن وعدم اثباتها اياه اقرار منها بشرعية المسكن ، ومخاطبة المحضر فى الاعلان بالمسكن لشخص لا يعتبر حجة على المدعى .

٣١/٢٢٥٤ س ك مصر (٣١/١٠/٩) م ش ٣٧/٢/١١

□■□

(المبدأ ١٥) :: الناشز لا نفقة لها .

الناشز لانفقة لها ما دامت كذلك ، كما يعلم من النصوص الشرعية الصريحة فى سائر كتب المذهب ففى تنقيح الحامدية جزء ١ ص ٧١ (سئل فى رجل سكن مع زوجته فى دار أهلها ثم اوفاها معجلها ودعاها لمسكن شرعى له خال من اهله وأهلها فابت فهل تكون ناشزا لا نفقة لها مادامت كذلك ؟ ــ اجاب نعم ولا تكون ناشزة بمنع الزوج من الوطء ، ولا تسقط به نفقتها ولا كسوتها) كذا افتى قارىء الهداية ومثله فى متن التنوير وشرحه وحاشية ابن عابدين ص ٦٦٤ ج ٢ .

٣٢/٥٠ شبراخيت (٣٢/١/٣)　　　　م ش ٩٨١/٥

□■□

(المبدأ ١٦) : اذا ثبت النشوز تعين اسقاط المفروض .

اذا ثبت النشوز على المحكوم عليها بالطاعة تعين الحكم عليها باسقاط ما فرض لها من نفقة .

٣٦/٣٦٣ الفشن (٣٧/٥/٢٠)　　　　م ش ٧٣/٢/١١

□■□

(المبدأ ١٧) : لا يقطع النشوز سوى احد امرين ــ الأول : ان تعود الناشز فتدخل مسكن الطاعة فعلا ــ والثانى : ان تجد مانعا شرعيا من الزوج يعتبر عذرا لها فى عدم دخول مسكن الطاعة .

حيث انه حكم على المدعية بالكف عن المقرر لها لنشوزها حكما نهائيا حتى تقلع عن معصية النشوز فان هذا النشوز لا يقطعه سوى احد امرين الأول : أن تعود الناشز فتدخل مسكن الطاعة فعلا ــ والثانى : ان تجد مانعا شرعيا من قبل الزوج يعتبر عذرا لها فى عدم دخول سكن الطاعة ولم تفعل المدعية .

٣٣/١٢٩١ كرموز (٣٤/١٠/٧) ت س　　　　م ش ٨٤٣/٧

□■□

(المبدأ ١٨) : لا تعتبر الزوجة ناشزا اذا لم يصبح الحكم نهائيا .

لا تعتبر الزوجة ناشزا على مجرد حكم بالطاعة مشمول بالنفاذ المؤقت مادام لم يصبح نهائيا .

٣٠/٢٢٨٣ س ك مصر (٣١/١٠/٢٩)　　　　م ش ٥٤١/٣

□■□

(المبدأ ١٩) : لا تعتبر الزوجة ناشزا لمجرد الحكم بالطاعة .

لا تعتبر الزوجة ناشزا لمجرد الحكم بالطاعة ، بل لابد من طلبها الى المنزل وديا أو جبريا بعد الحكم .

٣٥/٨٧٢ س ك مصر (٣٦/٥/١١) م ش ٢٣٩/٩

□■□

(المبدأ ٢٠) : تمسك الزوجة بحقها القانونى لا يؤثر فى سقوط حقها فى النفقة ولا يعتبر نشوزا .

اذا نفذ الزوج حكم الطاعة النهائى واستشكلت الزوجة فى تنفيذه، وفصل فيه فقد رتب القانون على الفصل فيه بالرفض المنع من قبول اشكال اخر وعلى الفصل فيه بالقبول منع تنفيذ الحكم المستشكل فى تنفيذه ولم يرتب على الفصل فى الاشكال شيئا غير ذلك .

٢٧/٤١٠ س ك بنى سويف (٣٨/١٠/٢٢) م ش ٨٢٧/١٠

□■□

(المبدأ ٢١) : خروج الزوجة بسبب تعدى الزوج عليها لا يعتبر نشوزا .

خروج الزوجة من المسكن أثناء خصومة بين الزوجين بسبب تعديه عليها بالضرب لا يعتبر نشوزا ولا يسقط نفقتها .

٢٩/٢٢٢ كرموز (٣٠/٣/١١) م ش ٣٧٤/٢

□■□

(المبدأ ٢٢) : دخول الزوجة مسكن الطاعة بعد الحكم عليها بالطاعة وقبل ان يصبح نهائيا لا يعتبر رضاء بالحكم .

دخول الزوجة مسكن الطاعة بعد الحكم عليها بالطاعة وقبل أن يصبح نهائيا لا يعتبر رضاء منها بالحكم يمنع من الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا فاذا حكم عليها بالطاعة فى مسكن وامتنعت من الدخول فيه بغير حق ، الى أن أصبح الحكم نهائيا كانت ناشزا من تاريخ صدور حكم الطاعة اذ الحقيقة أن القضاء مظهر للحق لا مثبت له .

٣٣/١٠٤٥ كرموز (٣٤/٥/١٢) م ش ٤٧٨/٧

□■□

(المبدا ٢٣) : يجب على الزوجة ان تكون فى طاعة زوجها .

الحكم الشرعى يوجب على الزوجة أن تكون فى طاعة زوجهـا من غير حكم عليها بالطاعة .

٣٩/٤٠٥٦ س مصر (٤١/١٠/٢٠) م ش ٥٧/٢/١٣

□■□

(المبـدا ٢٤) : النشوز الطـارىء لا يسقط النفقـة السـابقة على حصوله .

النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة السابقة على حصوله وانما يمنع من وجوب النفقة فى مدته (ق ٢٥ سنة ١٩٢٠ والتعليمات الخاصة به الصادر بها منشور الوزارة رقم ٢٣ بتاريخ ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٢٠)

٣٣/٥٧٠ أجا (٣٤/٥/٢٤) م ش ٨٠/٢٢

□■□

(المبدا ٢٥) : يجب لاثبات النشوز اثبات شرعية المسكن وخروجها منه .

يجب لاثبات النشوز ، اثبات شرعية المسكن اولا ، وخروجها منه أو امتناعها عن الدخول فيه ثانيا .

٢٩/٦٣٤ دمياط (٣٠/١/٦) م ش ١/١/ ٥٢

□■□

(المبدا ٢٦) : متى ثبت عدم وجود محل للطاعة من طريق رسمى « مثل طلب توقيع الحجز عليـه » فلا تعد الزوجة ناشزا ولا يجوز الحكم عليها بكف يدها عن المطالبة بما هو مقر لها .

حيث ان المستانف عليه طلب امرها بالكف عن مطالبته بالمقرر لهـا لنشوزها وحيث انه تبين من محضر الحجز المقدم من المستأنفة انه لا يوجد للمستانف عليه منزل وانه ترك المسكن المحكوم عليها بالطاعة فيه فلا تكون المستانفة والحال ما ذكر ناشزا ويتعين الغاء الحكم ورفض الدعوى .

٦١٠/ ٣٤ س ك مصر (٣٦/٥/٣٠) م ش ٢١٠/٥/٨

□■□

نظـام عـام

(المبدأ ١) : احكام الارث المتصلة بقـواعد التوريث واحـكامه من النظام العام ــ عدم جواز التحايل عليها ــ تصرفات المورث المنجزة ــ حال حياته .

التحايل الممنوع على احكام الارث لتعلق الارث بالنظام العـام هو ما كان متصـلا بقواعد التوريث واحكامه المعتبرة شرعا ، كاعتبـار الشخص وارثا ، وهو فى الحقيقـة غير وارث او العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هـذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا ، او الزيادة فى حصصهم الشرعيـة ، ويترتب على هذا ان التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته او لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حـرمان بعض الورثة او التقليل من انصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته اما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه .

نقض ٢٩/٢٣٩ ق (٧٣/١٢/١٨) س ٢٤/١٢٨٩

□■□

(المبدأ ٢) : احكام المواريث من النظام لعام .

احكام المواريث التى تستنـد الى نصوص قاطعة فى الشريعـة والتى استمد منهـا قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ تعتبر فى حق المسـلمين من النظام العـام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المسـتقرة فى ضمير الجماعة .

نقض ٤٠/٤٤ ق (٧٥/١/٢٩) س١٦

□■□

نفقـة الأصول

(المبدأ ١) نفقة الأصل على فرعه لو موسرا او فى فاضل كسبه ما يفى بنفقة أصله والا فعلى من يليه فى وجوب الانفاق .

المنصوص عليه شرعا انه اذا كان الفرع فقيرا لا مال له ولاكسب فلا نفقة عليه ، وانما تجب النفقة على من يليه فى وجوب الانفاق ، فقد اشترط الفقهاء فى وجوب نفقة الأصول اليسار ــ واختلفوا فى تفسيره هل هو نصاب الفطرة كما رأى أبو يوسف او نصاب الزكاة كما اختاره الوالوالجى ، او يقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله شهرا ان كان من اهل الغلة ، او فى كل يوم ان كان من اهل الحرف ، كما ذهب اليه محمد ولم يوجبوا نفقة الأصل على غير الموسر ، الا اذا كان الأصل زمنا ، فان نفقته على ولده القادر على الكسب ، ولو فقيرا اذا فضل عن كسبه ، ما يفى بنفقة والده او كان له عيال فانه يدخله فى عياله ــ اما الفقير العاجز عن الكسب (ومن فى حكمه ممن لا كسب له) فلم يوجب عليه احد من الفقهاء نفقة غيره ، وانما النفقة على من يليه (تراجع حاشية ابن عابدين فى نفقة الأصول فى باب النفقة) .

٣٤/٢٦٤ ك س الزقازيق (٣٥/٣/٣١)　　　م ش ٧٣٨/٦

□■□

(المبدأ ٢) : تجب نفقة الأب على ابنه متى كان الأب زمنا او غير مكتسب .

من حيث ان نفقة الأصول على الفروع انما تجب على الفرع اذا كان الأصل فقيرا لا يكتسب نفقة ، ولا يشترط فيه الزمانة (اى العاهة المانعة من الكسب) حتى تجب له النفقة ، بل يكفى الفقر وعدم الكسب بالفعل ، ولو كان قادرا على الكسب ، ولا يكلف بالاكتساب كما جزم به فى الهداية قيل وهو ظاهر الرواية (فتح) وايده بكلام الحاكم الشهير ، قال وهذا جواب الرواية انتهى ، والجد كالأب (بدائع) فلو كان كل من الابن والأب كسوبا (اى قادرا على الكسب) يجب على الابن ان يكتسب وينفق على الأب (بحر) اى ينفق عليه من فاضل كسبه على قول محمد (ابن عابدين) .

٢٩/٨٦ شبراخيت (٣٠/١/١٦)　　　م ش ٥٣٤/١

□■□

(المبدأ ٣) : نفقة الأصول المفروضة بالقضاء او الرضاء تسقط بمضى شهر فاكثر اذا لم تكن مستدانة فعلا بامر القاضى .

يقضى الفقه بأن نفقة الأصول المفروضة بالقضاء أو الرضاء تسقط بمضى شهر فاكثر ، ما لم تكن مستدانة فعلا بامر القاضى ومضى عليها شهر فاكثر ، فلا رجوع فيها كما نص على ذلك فى الدر المختار ورد المحتار ص ٧٠٤ .

٣٧/٣٥٣ ك س بنى سويف (٣٨/١٠/٢) م ش ١/ ٢٥٠

□■□

(المبدأ ٤) : متى كان بالأب علة وجبت على الابن نفقة خادمه امراة او جارية او غلاما لأنها من جملة نفقته عليه .

اذا كان الأب زمنا ، واحتاج الى خادم يخدمه ، وجبت على الابن نفقة الخادم ، امراة كانت او جارية ، لأنها من جملة نفقته ، كما تجب نفقه خادم الابن على الأب (قال العلامة الرملى فى حواشى البحر الرئق : الذى تحرر من المذهب انه لا فرق بين الأب والابن فى نفقة الخادم وان الأب والابن اذا احتاج الى خادم وجبت نفقته كما وجبت نفقة المخدوم لاحتياجه اليه فكان من جملة نفقته ، واذا لم يحتج اليه فلا تجب عليه انتهى كلام الخير الرملى) ، وقال فى البحر بعد أن نقل عبارة الخانية والخلاصة ونقل كلام الحلوانى الذى ذكر روايتين فى المسالة ، وظاهر الذخيرة ان المذهب عدم وجوب نفقة امراة الأب وجاريته وام ولده حيث لم يكن بالأب علة ، وأن الوجوب مطلقا رواية عن ابى يوسف وفى الهندية ورد المحتار مثل ذلك .

٣٩/٥٠٢ أسيوط (٤٠/٤/٢٤) م ش ٤٦/٢/١٦

□■□

(المبدأ ٥) : الالتزام بنفقة الأصول والفروع ملزم يجب القضاء به .

المنصوص عليه شرعا أن الرضاء فى نفقة الأمومة والفروع ملزم لها كالقضاء بها مثل نفقة الزوجة دون غيرهم من ذوى الأرحام لأنها واجبة لهم قبل القضاء بها والقضاء بها فى حقهم من باب الاعانة والفتوى وهو مظهر للحق لا مثبت له بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء ـ والقضاء فيها مثبت للحق لا مظهر له ، والمنصوص عليه شرعا كذلك ان نفقة الزوجة والصغير تسقط بمضى شهر فاكثر اذا لم تكن مستدانة فعلا ومجرد الاذن بالاستدانة لا يكفى للحكم بها عن مدة ماضية ما لم يقم الدليل على ذلك .

٤٢/٨٢٧ المحلة (٣٤/٤/١٣) ت س م ش ٤١/٢/١٦

(المبدأ ٦) : لم يشترط الفقهاء لغير الأب والجد نفقة مع القدرة على الكسب فى حالة الاعســار للنهى عن الحاق الأذى بهم ، فلا نفقــة لمن هو فى ربيع حياته صحيح الجسم قادر على الكسب .

اتفقت كلمة الفقهاء على اشتراط الاعســـار والعجز عن الكسب لزمانة أو نحوها فيمن تجب له النفقة فلو كان صحيحا قادرا على الكسب فنفقته فى كسبه واستثنوا من ذلك الوالد والجد فان نفقتهما تجب مع قدرتهمـا على الكسب واعسارهما على الولد الموسر وعللـوا ذلك بأن الله جل شأنه نهى عن الحاق أدنى أذى بالوالدين بقوله تعالى (ولا تقل لهما اف) ولا شك أن الزام الوالد التكسب مع يسار الولد أشد أذى من التـأفف فكان أولى بالنهى .

١٠٥/٤٠ حلوان (٤١/٣/١٣) ت س ش ٨٦/٩/١٢

□■□

(المبدأ ٧) : الفقير غنى بغنى ولده الذى تجب عليه نفقته .

الرأى عند الحنفية على أن الفقير ــ رجلا كان او امرأة ــ غنى بغنى ولده الــذى تجب عليه نفقتــه فلا يدخل بذلك فى الوقف على الفقــراء ولم يقيدوا ذلك بشرط ، واذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقيد غنى الأب بغنى ولده الذى يجب عليــه نفقته بانه لم يقم دليل على أنه تقرر له على ابنه المذكور فعلا نفقته وأن هذا لابن يؤديها له فانه يكون قد قيــد غنى الأب شرعا بقيد غير لازم تحجب به عن تحقيق دفاع الطاعن مما يعيبه القصور والخطأ فى تطبيق القانون .

نقض ٣٦/٢٩ ق (٦٨/١١/٢٧) س ١٤١٩/١٩

□■□

(المبدأ ٨) : الفقير لا يجبر على النفقة لغيره الا على أولاده الصــغار وبناته الكبار والزوجة والمملوك .

لا يجبر الفقير على النفقة على غيره ، الا على أولاده الصغار ، وبنـاته الكبار البالغات والزوجة والمملوك .

٣١/٧٨٤ ديروط (٣٢/١/٦) م ش ٢٢٦/٤

□■□

(المبدأ ٩) : هل يجب على الابن الفقير نفقة والده حكما ان كان الوالد يقدر على العمل اولا ؟

المنصوص عليه أن الوالد الفقير اذا كان قادرا على العمل لا تفرض له نفقة معينة على ولده الفقير ، ولكن على الابن اذا كان له عيال ان يضم الأب الى عياله وينفق على الكل ، وعللوه بأن طعام الأربعة اذا فرق على الخمسة لا يتضرر كل واحد منهم ضررا فاحشا ، اما اذا لم يكن له عيال فانه لا يضمه الى نفسه لتفاحش الضرر بادخال الواحد فى طعام الواحد ، وبعضهم قيد المنع بعدم كفاية كسبه لهما معا ، وقال بعض العلماء يجبر الابن على أن يدخل الأب فى قوته اذا كان ما يصيب الابن من ذلك القوت يقيم بدنه ولا يضره اضرارا يمنعه من الكسب ، تراجع حاشية البحر ص ٢٠٦ من الجزء الرابع واما كون الوالد الفقير القادر على العمل لا تفرض له نفقة معينة على ولده الفقير ، فقد جاء فى الأنقروية ص ١٠٥ من الجزء الأول ما نصه او فى شرح الطحاوي ولا يجبر الابن على نفقة ابويه المعسرين اذا كان معسرا الا اذا كان بهما زمانة او بهما فقر فقط فانهما يدخلان مع الابن ويأكلان معه ولا تفرض لهما نفقة على حدة وفى الخانية لا يجب على الابن الفقير نفقة والده العتير حكما ان كان الوالد يقدر على العمل ، وما ورد من انه لا يكلف الاكتساب حتى ولو كان قادرا على الكسب لأن معنى الأذى فى تركه الى الكد والتعب اكثر منه فى التافيف المحرم بقوله تعالى : « ولا تقل لهما اف » محله ما اذا كان الابن موسرا فعند ذلك يكون مجرد فقر الوالد موجبا لنفقته على ولده حتى ولو كان قادرا على الكسب الا اذا كان كسوبا بالفعل وفى كسبه مايكفيه وقولهم لو كان كل منهما كسوبا (أ ى قادرا على الكسب) يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب محمول بالضرورة على ما اذا كان الكسب ميسورا للابن وفى كسبه فضل قال ابن عابدين (فلو كان كل من الابن والأب كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب ، بحر عن الفتح ، اى ينفق عليه من فاضل كسبه على قول محمد كما هو) ص ٦٦٦ من الجزء الثانى .

وحيث قد اعسر المدعى وأعوزه الكسب وتبين أن المدعى عليه لايستحق فرضا معينا .

٣١/٧٨٤ ديروط (٢٢/٩/٦) م ش ٢/٢١٦

□■□

(المبدأ ١٠) : اذا فرضت نفقة الوالد الفقير على ابنه الموسر ثم اعسر وأعوزه الكسب فماذا يكون الحكم ؟

المنصوص عليه أن الوالد الفقير اذا فرضت له النفقة على ولده الموسر ثم صار الولد فقيرا ارتفعت نفقته عنه ، فقد قال الكمال بعد أن اتى على

قول محمد فى اليسار (ومحل الروايتين على حاجة الانسان أن كان مكتسبا ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومى وان لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر ، فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ص ٣٥٢ من الجزء الثالث من فتح القدير) .

٣١/٧٨٤ ديروط (٣٢/٦/٦) م ش ٤/٢٢٦

□■□

(المبدأ ١١) : لا يجاب طلب الأم فرض النفقة على ابنها قبل انقضاء عدتها من مطلقها ويكون الطلاق رجعيا واعترافها بأنها حصلت منه على جميع حقوقها بدون التجاء الى القضاء مع اعترافها بفقرة وأنها تقيم فى المسكن الذى يقيم هو به لأن كل هذه قرائن قاطعة على صورية الطلاق وكيدية الدعوى .

حيث انه تبين من ظروف تلك الدعوى وملابساتها انها كيدية ، وأن الطلاق المزعوم صورى لا حقيقة له ولايقصد من رفع هذه الدعوى الا الكيد المدعى عليه وايقاعه فى العنت بدون مبرر ، وليس بالمعية من حاجة الى ما تطلبه . ذلك أن العادة لم تجر فى الامهات أن يرفعن الدعوى بالنفقة على اولادهن ، وهن فى عدة أزواجهن ، بل ان الشفقة تحملهن على عدم الالتجاء الى القضاء الا بعد انقضاء العدة وبعد أن ينفد صبرهن ويكن فى اشد حالات الفقر والبؤس ، فسرعة اقدامها على رفع هذه الدعوى مع مخالفتها للمألوف عادة دليل كيديتها ، وحديث الطلاق لا يبرر موقفها من هذه الدعوى لظهورصوريته ، وانه قد عمل خصيصا لأحكام الكيد بالمدعى عليه لثبوت المعاشرة من اعترافها ولمخالفة اجراءاته للمألوف عادة من شهادة ابنهما عليه الامر الذى لم يعهد له نظير ، ولكن قصد اخفائه على الغير حتى لا يعلم به أحد ، حمل الزوجين على هذا الصنيع حتى يتم لهما ما أرادا من ابقاء الكيد بالمدعى عليه وخاصة اذا لوحظ أنه لم يوجد ما يبرره .

١٢/١٣٦٢ كرموز (٣٤/٦/١٧) ت س م ش ٧/٤٨٤

□■□

(المبدأ ١٢) : نفقة الأم المتزوجة تجب على زوجا لا يشاركه فيها احد الا اذا كان الزوج فقيرا وهى فقيرة أيضا فان نفقتها تجب على ابنها الموسر من زوجها سواء كان الأب محتاجا اليا لخدمته ام لا وكذا اذا كانت موسرة والاب يحتاج اليها ، فان لم يكن محتاجا اليها فقيل تنفق هى على نفسها لترجع على الأب اذا أيسر وقيل ينفق الابن ليرجع على ابيه كذلك .

المنصوص عليه شرعا ان نفقة الأم المتزوجة تجب على زوجها لا يشاركه فيها احد ، لان نفقة الزوجة تجب جزاء الاحتباس فى بيت الزوجية ، لمصلحة الزوج ، لكن الفقهاء استثنوا من هذا ما اذا كان الزوج فقيرا فان نفقة زوجته الفقيرة تجب على اولادها منه الموسرين ، سواء أكان الأب محتاجا اليها أو غير محتاج اليها ، لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد اما اذا كانت موسرة فان نفقتها تجب على اولادها الموسرين منه اذا كان الأب محتاجا اليها ، فان كان غير محتاج اليها فهناك رأيان (الأول) : ان الولد يؤمر بالانفاق على أن يرجع على ابيه اذا ايسر ـ (الثانى) : ان تنفق هى لترجع على الاب عند الميسرة (راجع رد المحتار فى باب النفقة جزء ٢ ص ٦٩٢) . وحيث أن الام والأب فى حالتنا فقيران فتجب نفقتها على أولادها منه المدعى عليهما تطبيقا للاستثناء السابق .

٢٤/٦٤٦ ملوى (٢٥/٦/٥) م ش ٢٧٤/٧/٨

□■□

(المبدأ ١٣) : تجب نفقة الأم الفقيرة على ولدها الموسر بدون قضاء ولا رضاء حتى لو ظفرت بجنس حقها كان لها اخذ ما يكفيها من ماله بدون توقف على ما ذكر .

ان نفقه الأم واجبة لها على ولدها شرعا بشروطها التى استوفيناها فى الدعوى (فقيرة وليس لها من تجب نفقتها عليه سواه وفى فاضل كسبه ما يفى بنفقتها) ـ وهذا الوجوب قبل القضاء ، وما القضاء فى ذلك الا ايفاء لما وجب واعانة لصاحب الحق على الوصول الى حقه ، حتى لو ظفرت بجنس حقها كان لها الأخذ منه من غير رضاء ولا قضاء .

٣٥/٢٢٤ الدر (٢٧/١/٢٦) م ش ٢٨٢/٧/٨

□■□

(المبدأ ١٤) : الاذن بالاستدانة قاصر على تاريخ الحكم به فلا يتعدى الى المتجمد الماضى المطلوب الأمر بادائه الذى لم يكن مستدانا بالفعل .

ان المستأنف عليها لم تؤذن بالاستدانة فى المدة المأمور بالأداء فيها فلا اعتبار للاذن بالاستدانة بالنسبة للأمر بمتجمد السنة فى المدة الماضية المأمور بأداء المتجمد فيها لأن الاذن بالاستدانة قاصر على تاريخ الحكم به فلا يتعدى المتجمد الماضى المطلوب الأمر بادائه وهو لم يكن مستدانا بالفعل .

٢٧/٣٥٢ ك س بنى سويف (٣٨/١٠/٢٣) م ش ٢٥٠/١٠

(المبدأ ١٥) : لا نفقة للأب الذى يمتلك منزلا اشتراه بعد صدور الحكم بالنفقة واعترافه بانه يؤجره لأنه يكون به غنيا لا تجب نفقته على ابنه

ان الفقهاء قد اختلفت الرواية عنهم فى المعسر الذى يملك دارا يسكنها بالفعل ـ هل يستحق على قريبه الموسر النفقة او لا ، ففى الرواية الراجحة لا يستحق وتباع داره فى نفقته وينفق عليه من ثمنها حتى يفرغ لأنه بملكيته هذه الدار يكون موسرا بها وغير محتاج ، والنفقة لذى الرحم المحرم على محرمه لا تجب الا عند الحاجة بالمعسرة وهى هنا مندفعة اذ يمكنه الاكتفاء بالأدنى بأن يبيع بعض الدار أو كلها ويكترى منزلا فيسكنه بالكراء . وفى الرواية الأخرى يستحق النفقة لأن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن كل واحد السكنى بالكراء او بالمنزل المشترك وقد وفق بعض الفقهاء بين الروايتين فلم يجعل ملك المنزل مانعا من وجوب نفقة مالكه على قريبه الموسر اذا كان لا يملك سواه بل جعل المناط فى ذلك ان يكون هذا المنزل فاضلا كله او بعضه عن حاجة صاحبه ، وبذلك قصر الرواية الأولى على ما اذا كان فىالدار فضل عنحاجته بأن تكون من السعة بحيث يسكن فى ناحية منها ويبيع الأخرى ، وقصر الرواية الثانية على ما اذا لم تكن كذلك وكان محتاجا لها جميعها لسكنه فانها لاتباع وتجب نفقة مالكها على قريبه الموسر مع تملكه اياها . وهو توفيق يستقيم ولا غنى عنه لمراعاة مصلحة الطرفين.

٤٨/٦٤١ قنا (٤٨/٦/٢) م ش ١٩٤/٢١

□■□

(المبدأ ١٦) : الابن الموسر هو الذى يجب عليه وحده نفقة ابيه .

المنصوص عليه شرعا أن الابن الموسر هو للذى يجب عليه وحده نفقة ابيه الفقير اذا اجتمع مع امه الموسرة فتكون نفقته اولى بالتقدمة واجدر : اذ الغنم بالغرم وهذا نظير ما قرره الفقهاء من أن الشخص اذا لم يقدر الا على نفقة أحد والديه فان الأب يكون هو الأحق بالانفاق عليه وعللوا ذلك بأنه هو الذى يجب عليه نفقة الابن فى صغره دون الأم راجع جزء ٢ من ابن عابدين ص ٦٩٣ .

٤٨/٢٠٦ اسيوط (٤٠/٢/١٨) م ش ٣٧٣/٢٠

□■□

(المبدأ ١٧) : الصحيح م نمذهب الحنفية ان ملك الأب لدار لا يمنع من فرض النفقة على ابنه الا ان يكون فيها فضل بان يكون يكفيه ان يسكن من ناحية ويبيع الناحية الأخرى .

جاء بالجزء الأول من تنقيح الحامدية ص ٨٣ ما يأتى « ملك الدار لا يمنع النفقة الا أن يكون فيها فضل بان يكون يكفية ان يسكن فى ناحية ويبيع الأخرى وان هذا هو الصحيح من المذهب وان صاحب البدائع قرر ان هذا هو الصواب وعلل ذلك صاحب البدائع بان بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذلك لا يمكن لكل واحد ان يسكن بالكراء وبالمنزل المشترك وقد علق صاحب التنقيح على تعليل البدائع بقوله (مقتضى هذا التعليل أن الدار لا تباع وان كان فيها فضل فكيف اذا كان محتاجا اليها) .

٥٢/٣٨٠٠ ك س مصر (٥١/٤/٢١) م ش ٢٦٤/٢٣

□■□

(المبدأ ١٨) : المدعى (ابن) كان موسرا ثم اعسر واعوزه الكسب والمدعى عليه (اب) فقير ولكنه قادر على العمل ولا يزال يطالب بالمفروض له ــ هل اليسار شرط فى هذه النفقة (نفقة الأب على ابنه) واذا كان شرطا فبماذا يعتبر الشخص موسرا ؟

لا خلاف فى ان اليسار شرط فى نفقة الأصول الفقراء على فروعهم . قال ابن عابدين ان ما ذكره المصنف من اشتراط اليسار فى نفقة الأصول صرح به فى كافى الحاكم والدر والنقاية والفتح والملتقى والمواهب والبحر والنهر وفى كافى الحاكم أيضا ولايجبر المعسر على نفقة احد الا على الزوجة والولد ص ٦٩٥ من الجزء الثانى ــ وورد بالأنقروية ان الفقير لا يجبر على النفقة الا لأربعة الولد الصغير والبنات البالغات ابكارا او ثيبات والزوجة والمملوك ص ١٠٥ من الجزء الأول . ثم أن الموسر فى هذا الباب من يملك نصابا فاضلا عن حوائجه الأصلية ولو غير نام . وهو قول ابى يوسف وعليه الفتوى . ومحمد قدر الفضل بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا ان كان من أهل الغلة ، وان كان من أهل الحرف . فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم ، حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه اربعة دوانق وجب عليه دانقان للقريب (ابن عابدين ص ٦٩٥ من الجزء الثانى) واختلف الترجيح فى ذلك فالزيلعى وصاحب التحفة رجحا قول الكمال (وان كان كسوبا يعتبر قول محمد مطلقا ، والسرخسى والكمال ابن الهمام رجحا قوله فى الكسب) فقد قال الكمال (وان كان كسوبا يعتبر قول محمد ، وهذا يجب أن يعول وعليه الفتوى) ص ٣٥٢ من الجزء الثالث من فتح القدير ، وقال ابن عابدين بعد ان ذكر الخلاف أن الأصح الترجيح بقوة الدليل ، فحيث كان الثالث هو الأوجه اى الأظهر من حيث التوجيه والاستدلال كان هو الأرجح وان صرح بالفتوى على غيره ثم نقل عبارة الكمال وقال ان الكمال

صاحب الفتح من اهل الترجيح بل من اهل الاجتهاد وسواء علينا اكان الأول هو الراجح أم الثانى أم الثالث فان المدعى لا تنطبق عليه حالة من الحالات الثلاثة فلا هو يملك نصابا فاضلا عن حوائجه الأصلية ولا هو بالكسوب فضلا عن ان يكون فى كسبه فضل يسمح ببقاء المفروض بل هو فقير عديم الكسب الان .

٣١/٧٨٤ ديروط (٣٢/٩/٦) م ش ٣٢٦/٤

□■□

(المبدأ ١٩) : ادعاء الابن غنى الأب .

ولو ادعى الولد غنى الأب فالقول له والبينة للابن (بحر) .

٢٩/٨٦ شبراخيت (٣٠/١/١٦) م ش ٥٣٤/١

□■□

(المبدأ ٢٠) : تفاوت اولاد المطلوب فرض النفقة لها عليهم فى اليسار يقتضى مراعاة هذا التفاوت بينهم فيما يحكم به من النفقة كل بنسبة يساره

المنصوص عليه شرعا أنه اذا كان للفقير ابنان موسران فنفقته عليهما بالتسوية وبما أن هذا ظاهر فيما اذا كان التفاوت بينهما فى اليسار يسيرا أما لو كان فاحشا فليس من المعقول ان يتساويا فى النفقة جاء فى فتاوى الأنقروية فى باب النفقة ما يأتى « فان كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السوية وكذلك اذا كان أحد الاثنين مسلما والآخر ذميا كانت النفقة عليهما بالسوية » . نقلا عن قاضيخان فى نفقة الوالدين وجاء بالهامش منها عند ذلك ما يأتى (ونقل عن انحلوانى أنه قال : قال مشايخنا هذا اذا تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا واذا تفاوتا فيه تفاوتا فاحشا يجب أن يتفاوتا فى قدر النفقة كذا فى الذخيرة) ، وهذا النقل هو ما يقتضيه العقل ويسيغه الفكر .

٣٤/٤٢٩ بنى سويف (٣٥/١/٣٠) ت س م ش ٤٥١/٦

□■□

(المبدأ ٢١) : عند اختلاف الأب والابن فى يسار الأب تحكيم حالة الأب وقت الخصومة والبينة فى هذه الحالة بينة الابن والقول قول الاب لأنه يدعى يسارا والابن ينكر ولو سبق أن قرر الابن للأب نفقة لأن الأب قد ظهر يساره السابق فيكون التزام الابن حينئذ التزام مالا يلزم لاندفاع حاجة الأب عنه بيساره فلا يلزم بتنفيذ ما التزمه .

ان الواجب تحكيم حالة الأب من يسار أو اعسار وقت الخصومة لا وقت الصلح او الانفاق ، والبينة هنا بينة الابن والقول للأب لأن الابن مدعى يساره وهو ينكره ـ وان الزوج اذا ظن أن زوجته غير المطيعة تجب عليه نفقتها فالتزم بها لايلزم والالتزام باطل فكذا الابن اذا ظن ان نفقة أبيه واجبة عليه شرعا وهو موسر لا يلزم الابن بتنفيذ ما تعهد بدفعه لنفقة ابيه الموسر لأن التزامه باطل لاندفاع حاجة الأب عنه بيساره ووجوبها فى ماله لا فى مال الابن وهذه اصول مقررة فى كتب المذهب المعتبرة فى تنقيح الحامدية نقلا عن البزازية والبحر والذخيرة مع شيء من التصرف .

٣٥/٥٠٧ اجا (٣٦/٦/١٧) م ش ٧٢/١/١١

□■□

(المبدأ ٢٢) : لا تسمع الدعوى من الأم الفقيرة بطلب نفقة على ابنها الموسر اذا كانت زوجيتها من ابيه ((ولو معسرا)) قائمة سواء أكان محتاجا اليها لزمانه لحقته او غير محتاج وما استند اليه ابن عابدين من قولهم لا يشارك الولد فى نفقة ابويه أحد محمول على ما اذا كانت الأم غير متزوجة.

حيث انه على فرض فقر الأم وفقر الزوج وعدم احتياجه اليها تكون نفقتها على الزوج وحده خلافا لما استظهره ابن عابدين من وجوب النفقة فى هذه الحالة على ولدها فرضا ، واداء فان النفقة وجبت جزاء الاحتباس والزوج هو المحتبس ولم يذكر الفقهاء من مسقطات نفقة الزوجة فقر الزوج ونصوا على أنه فى حالة اعسار الزوج بالنفقة لا تطلق عليه زوجته بل يفرضها القاضى عليه ويأمر من تجب نفقتها عليه ـ لولا الزوج ـ بالأداء ، اما استظهار ابن عابدين فلا سند له من الفقه الا قولهم (ليشارك الولد فى نفقة أبويه أحد) ـ وهو محمول على ما اذا كانت الأم غير متزوجة اخذا من نصوص المذهب الصريحة ومن قولهم (لا يشارك الأب ولو فقيرا احد فى نفقة والده كنفقة ابويه وعروسه) أى كما لا يشاركه احد فى نفقة ابويه ولا فى نفقة زوجته ، وعلى فرض أن الزوج محتاج اليها لزمانة لحقته فيفقتها وان وجبت على ابنها منه فرضا وأداءا اجماعا الا انها لم تجب بعنوان أنها أم ولا بعنوان انها زوجة لأب حتى تكون خصما فى طلبها منه ، ولكنها وجبت بعنوان حاجة الأب اليها فى خدمته فنفقتها حينئذ جزء من نفقة الأب ومن جملتها والخصم فى طلبها الأب وحده دونها لأنها فى الحيقة نفقة .

٣٢/٠٩٤ جرجا (٤٣/٥/١٢) م ش ١٤٦/١٥

□■□

نفقـــة اقارب

(المبدا ١) : نفقــة الأقارب صلة شرعيــة للحــاجة الى ما يقيم أود الحيــــاة .

نفقــة الأقارب صلة شرعيــة للحاجة الى ما يقيم أود الحيــاة حتى لا يتعرض من فرضت له للهــلاك ، وليست بابا لجمع المــال على حساب المحكوم عليه ، فمتى اندفعت الحاجة اليهــا بأى سبب كان ، فقــد سقط متجمدها متى كان قد مضى عليه شهر فاكثر ، ما لم تكن مستــدانة باذن القاضى خلافا لنفقة الزوجة .

٣٩/٣٠٧٢ س ك مصر (٤٠/٩/٨) م ش ١٠٧/٩/١١

□■□

(المبدا ٢) : نفقة الشخص فى ماله اولا .

نفقة الشـخص فى ماله اولا ثم على اقرب محارمه والأخ لأب مقدم على العم فى وجوب النفقة .

٣١/١٠٦١ المنيا (٣٥/١١/٣٠) ت س م ش ٧٤/١٠

□■□

(المبدا ٣) : النفقة تجب على العصبة قبل ذوى الأرحام .

ان نفقة الفقير تجب على العصبة قبل ذوى الرحم لتقدم العصبة على ذى الرحم فى الارث ، والغنم بالغرم .

٣٣/٣٣١ س ك الزقازيق (٣٤/٩/٣٠) م ش٧٢٢/٦

□■□

(المبدا ٤) : تجب النفقة على الأصل ان كان معــه حواشى واحدهما غير وارث فان كانا وارثين فالنفقة بحسب الارث والمعسر آنئذ كالمعدون ان كان يرث الكل والا اعتبر وجوده ودفع نصيبه باقى الورثة .

القــاعدة الأصليــة فى مذهب أبى حنيفــة أنه اذا اجتمع لذى الرحم المحرم الفقير اصل وحواشى ، فان كان احــد الصنفين غير وارث ، اعتبر الأصل وحده ، ترجيحا للجزئية ، فيقدم الأصل سواء أكان هو الوارث أو

كان الوارث الصنف الآخر الذى معـه كالجد لأب من الأخ الشقيق فانهـا تكون على الجد دون الأخ الشقيق وهو الوارث دونه وكالجد لام مع العم فانها تكون على الجد لأم دون العم الوارث لترجحه فى المسالتين بالجزئية مع عدم الاشتراك فى الارث ، وان كان كل من الصنفين وارثا اعتبر الارث ، وهذه القاعدة مفروضة مقيدة بما اذا كان الكل موسرين ، أما اذا كان بعضهم فقيرا وبعضهم موسرا ، فينظر ان كان المعسر يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ، ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقـة ، فتجعل النفقـة عليهم على قـدر مواريثهم ، وان كان المعسر لا يحرز كل الميراث ، فتقسم النفقـة عليه وعلى من يرث معه ، فيعتبر المعسر لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ، ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك ـ كموضوع هذه الدعوى صغيرتان فقيرتان لهما أم فقيرة وجـدة لأب واعمام موسرون ، فالأم فى هـذه الحالة لا تحرز كل الميراث فلا تنزل منزلة المعدوم بل تعتبر حية ، لكن لما اعتبرناها حية سقطت الجدة بها فيكون الوارث هم الأعمام فقط واذن تكون النفقـة على الأعمام دون الجدة لأب .

٣٥/٧١٣ المنصورة (٣٦/٤/٢١) ت س م ش ٨/٢٢٠

□■□

(المبدأ ٥) : لا يصح فرض النفقـة على القريب الا اذا زاد ما يملكه عن كفـايته .

وبمـا أن المحكمة ترى أن التركة لا يمكن أن يكون نصيب المسـتأنفة وولدها القاصر فيها ما يزيد عن نفقة الكفـاية وحاجتهما الضرورية ويكون حالة المستأنفة وولدها القاصر حالة فقر ولا عليهما نفقة غيرها .

١٤٠/٣٤ س ك مصر (٣٤/١٢/٢) م ش ٦/٣٨٩

□■□

(المبدأ ٦) : نفقة الصغير فى فاضل كسب اخيه الشقيق . اذا فضل من كسبه ما يدفع حاجة الصغير الفقير .

حيث ثبت من اعتراف وكيل المدعيـات أن لهن أخا شقيقا يتقـاضى راتبا وليس له من تجب نفقته عليه سوى أخويه وأمه ولهن ايضا عم شقيق يتقاضى راتبا وليس عنده من ينفق عليه سوى زوجتـه واولاده الستة ومن حيث أن نفقة المدعين فى هذه الحالة تكون على أخيهم الشقيق واذا احتاجوا الى تكميل هذه النفقـة فيكون العم الشقيق ملزما ما دام موسرا اليسـار

الذى تراه المحكمة انه يفيض عن حاجتـه وحاجة من تلزمه نفقتهم بما يفى بحاجة المدعين .

٣٤/١٦٢٩ ك مصر (٣٥/٥/٢٣) م ش ٧٩٦/٧

□■□

(المبدأ ٧) : نفقـة القريب على قريبه الأقرب اذا فضل من كسـبه ما يدفع حاجة الفقير ويسد رمقه لا على قريبه البعيد الموسر .

ان نفقة القريب انما تجب على قريبه لدفع الحاجة وسد الرمق فقط لا ليعيش عيشة واسعة رغيـدة ، فاذا كان له قريب اقرب يمكن أن يسـد حاجتـه الضرورية فلا يجوز أن يتطلع الى نعمـة القريب البعيـد بواسطة التقاضى والخصومة ، لأن الفقير بطبيعتـه البشرية يود أن يزاحم الغنى فى عيشته ، بل يود أن ينال جميع ما فى يده . فلو فتحت الشريعة هذا الباب لسادت الفوضى واضطرب النظام وزالت الحكمة من وجود أغنيـاء وفقراء وهذا ما تاباه الشريعة لغراء .

٢٣/١٠٩٧ السيدة (٣٢/٥/١٤) م ش ٤١٥/٦

□■□

(المبدأ ٨) : نفقة الاقارب الواردة بالمادة الخامسة ق ٩٣١/٧٨ قصد بها من عدا الزوجة .

الفرض من عبارة نفقات الأقارب الواردة فى المادة الخامسة من لائحـة الترتيب نفقات من عدا الزوجة .

٢٩/٨٥٣ العياط (٣٠/١٠/٣٦) م ش ٢٦٧/٣

□■□

(المبدأ ٩) : نفقة الأقارب اولادا كانوا او غيرهم اذا عجلت ثم ادعى من قبضها انه انفقها او انها فقدت وجب على من تجب عليه دفع غيرها .

حيث ان نفقة الأقارب أولادا كانوا أو غير أولاد اذا عجلت ثم ادعى من قبضها معجلا انه انفقها او فقدت منـه صدق فى ذلك وكان على من تجب عليه نفقتهم دفع غيرها اليهم ، وله بعـد ذلك أن يتخذ بخصوص النفقـة المعجلة ما نصت عليه كتب الفقه على حسب الأحوال المبينة بها .

٤٢/٦٥٥ المنزلة (٤٣/١٢/١٥) م ش ٦٦/٦/١٦

□■□

(المبدأ ١٠) : الحاجة المتجددة الى النفقة كيف تنـدفع ، وما الذى يدفعها .

ان الحاجة التى نحن بصددها حاجة طالب علم لقوته وكسوته وهى حاجة متجددة آنا من بعد آن وسـدها يجب ان يقاس بتجددها ، وهـذا لا يكون الا بادائها منتظمة حتى لا يقطع عليه درسه انقطاعها عنـه والا قطع الجوع طريقـه ــ وليس من طريق دفع الحاجة أن يقـال له كلما جعت أو عريت ارفع أمرك الى القضـاء ، والا فقد أوجبنا عليه ان يظل طول حيـاته جائعا عاريا او يبقى طول وقته طالبا متقاضيا وهذا حرج جاء الشرع برفعه ولقد كان سهلا ان تندفع الحاجة بمثل هـذه الطريقة لو لم يوضع للقضـاء نظمه وقوانينه ايام ان كان مجلس القضـاء ميسورا فى اى وقت والوصول الى الخصم مقدورا عليه فى كل حين وحصول صاحب الحق على حقه ممكنا متى وجد سببه أيام أن كانت الحكومة لا تتقاضى على الفصل فى الخصومات مالا . أما وقد اصبحت النظم القضائية تتطلب سلسلة طويلة من الاجراءات لأجل الوصول الى الحكم النـافذ وطائفة من الأعمال والاجراءات لتنفيـذه بعد صدوره وهذا وذاك يستنفذان الوقت الطويل فقد صار من الضرورى أن نستعرض القوانين المشروعة تحت ضـوء القواعد الموضوعة ، واصـبح التوفيق واجبا بين ما يقضى به هذا الوضع وما يامر به الشرع حتى لا يطغى احدهما على الآخر ويبطل أثره : صار القول حينئذ بان حاجة طالب النفقة تندفع بدفع الجوع عنه لا يطابق الواقع اذ ليس كل ما يدفع الجوع نفقـة والمطلوب فى هـذه القضـية امر بنفقـة وجبت على الأب بحكم اصـبح غير محل للبحث .

٣٨/١٤٢ ك س اسكندرية (٣٩/٣/٢١)　　　　م ش ٦٥٩/١٠

□■□

(المبدأ ١١) المنصوص عليـه فقها ان نفقـة اولاد المجنون الفقير على عمهم الشقيق الموسر بلا رجوع على الأب اذا ايسر .

جاء فى الجزء الأول من تقيح الحـامدية ص ٨٢ ما ياتى « نفقـة اولاد المجنون الفقير على عميهم الشقيقين الموسرين بلا رجوع على الأب اذا ايسر لأنه هنا فقير زمن فيجعل كالميت بالاتفاق » .

٥٣/١٥٤٦ س ك مصر (٥٣/٩/٢٢)　　　　م ش ٦٨/٢٥

□■□

(المبدأ ١٢) : المعتبر فى يسار من تجب عليه النفقة لقريبه انما هو قيمة ما يملك لا قيمة ريعه .

وبما ان اعتبار بنات المدعية موسرات فى فرض النفقة على أولادها الذكور فى محله ، لأن كلا منهن تملك ما يزيد قيمته عن النصاب ، والعبرة فى ذلك بقيمة الملك لا بريعه .

٣٠/٢٠٠٣ س ك مصر (٣١٦/٢٤)   م ش ١٦٠/٣

□■□

(المبدأ ١٣) : سبب وجوب النفقة على الغير ما هو بوجد وقت الحكم ، لان اسباب وجوبها مما يتجدد فلا يصح الحكم بعدم سماع الدعوى قبل بحث ما اذا كان لدى المدعى دليل عليها .

المعول عليه فى سبب وجوب النفقة على الغير ، هو ما يوجد وقت الحكم بها واسباب الوجوب مما تتجدد ـ وقول المحكمة الجزئية فى اسبابها، على أنه لم يطرأ ما يستدعى فرض النفقة للمدعى على المدعى عليه ، سابق لأوانه اذ أن ذلك انما يقال بعد سماع الدعوى وبحث ما اذا كان لدى المدعى دليل عليها اولا ، واذا يتعين الغاء الحكم المستأنف (عدم السماع) واعادة القضية لمحكمة اول درجة للسير فيها .

٣٥/١٦٠٨ س ك مصر (٣٦/٥/١٨)   م ش ٢٤٢/٧/٨

□■□

(المبدأ ١٤) : النفقة تعتمد وقتا لتحقق الوجوب وشروطا شرعية لصحة تايد الوجب .

وجوب النفقة يعتمد اسبابا موجبة ، ووقتا يحصل فيه ذلك الواجب اما الوقت فهو ظرف التحقق ، ولا بد فيه من الوجود ، كشأن كل موجود، واما الأسباب فهى شروط شرعية يلزم من انتفائها انتفاء المشروط ، ويلزم من وجودها بقاؤه ، فاذا ما انتفى اليسار وهو شرط انتفى المشروط فلا تجب النفقة ما دام منتفيا شرطها من اعسار وغيره .

٢٩/١٢٧٩ المنشية (٢١/١/٢٣) ت س   م ش ٨١/١٠/١٢

□■□

(المبدأ ١٥) : مدار استمرار الوجوب فى النفقة عدم العلم بزوال الأسباب الموجبة وينتهى بوصول العلم بزوال الأسباب .

ان نفقة القريب شرطها دوام وجوب الأسباب، التى من اجلها يستحق طالبها النفقة ، من بينها اعساره ، وبديهى أن النفقة لا تجب قضاء ما دام المطلوب له النفقة موسرا . فان حصل تراض على مفروض بين المنفق والمنفق له على فرض مع عدم توفر الأسباب الموجبة لها ، فالحال دائر بين أن يعلم المنفق بزوال الأسباب الموجبة للنفقة وبين عدم علمه ، الثانى واضح فتجب النفقة عليه الى ان ينكشف لعلمه اليسار ، فاذا ما تبين فينتهى العلم بسبب الوجوب المظنون .

١٢٧٩/٣٩ المنشية (٢١/١/٢٢) ت س م ش ١٢/١٠/٨١

□■□

(المبدأ ١٦) : لا يستحق القريب نفقة على غيره اذا كان موسرا بماله وكان المال ذا قيمة عظيمة وان قل ريعه او كان معدوما لأن العبرة فى اليسار بقيمة العين المملوكة لا بريعها .

وحيث أنه ثبت من شهادة الشهود ان ما ورثه المذكورون فى المنزل له قيمة كبيرة من النقود ولو بيع تكفى لانفاقهم منها فهم حينئذ موسرون بمالهم وتكون نفقتهم فيه لا فى مال غيرهم كما يقضى به الفقه ففى الذخيرة ما نصه « لو كان يكفيه بعض المنزل أمر ببيع بعضه وانفاق الفضل على نفسه وكذا لو كان دابة نفيسة يؤمر بشراء الأدنى وانفاق الفضل ، ومتاع البيت المحتاج اليه مثل المنزل والدابة كما فى شرح ادب القاضى » ومن حيث انه لا عبرة بقلة ايراد الحصة المذكورة على فرض ثبوت ذلك ولا يقول وكيل المدعيتين انها لا تتسع لسكن جميع الورثة ما دامت لها قيمتها المذكورة .

١٨٢٧/٣٠ كرموز (٣٢/٢/٢٢) م ش ٩١٧/٣

□■□

(المبدأ ١٧) : النفقة للقريب بعد تحقق زوال الأسباب الموجبة تكون تبرعا .

النفقة للقريب بعد زوال الأسباب الموجبة تكون تبرعا ، ويملك الرجوع فيها والقرابة لا تمنع من ذلك لعدم تحقق الهبة فيما لم يعط بعد وذلك لاشتراط الوقت للتحقق .

١٢٧٩/المنشية (٤١/١/٢٣) ت س م ش ١٢/١٠/٨١

□■□

(المبدا ١٨) : لا نفقة لابن الأخ على اعمامه الفقراء اذا تبين انه يستطيع ان يعمل ويكسب .

لا يجاب طلب ابن الأخ فرض نفقته على اعمامه الذين ظهر أنهم جميعا من الطبقات الفقيرة ، متى تبين من مشاهدته انه يستطيع ان يعمل وان يكسب قوته من الاحتراف باية حرفة من الحرف التى يحترفها اهله او ما يماثلها .

١٤/٢٦٤١ س ك مصر (٣/١١/٣٨) م ش ١٠/١٦٣

□■□

(المبدا ١٩) : الموسر فى العرف الفقهى .

الموسر فى العرف الفقهى من ملك نصابا ناميا او غير نام فاضلا عن حوائجه الأصلية ولو لم يستغل والمعسر من لم يملك هذا النصاب . وهذا اصح الأقوال الأربعة التى رواها صاحب البحر وصححه فى الذخيرة قال فى الهداية وعليه الفتوى .

٣٤/٥٠ اجا (٥/٦/٣٥) ت س م ش ١٠/٢٥٧

□■□

(المبدا ٢٠) : المعسر فى باب نفقة الاقارب كالميت فى حالة استحقاق النفقة عليه وذلك فيما عدا الأب والابن اذا كان كل منهما غير زمن .

حيث أنه قد اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر (عمة) مدعى عليها ثانية ومعسر (أم مدعية وجد لأب) مدعى عليه والمنصوص عليه أن المعسر فى هذا الباب يجعل كالميت فى استحقاق النفقة عليه ، واستثنوا من ذلك الأب والابن اذا كان كل منهما غير زمن ، كما يعلم من الرجوع الى البدائع ص ٣٢ جزء ٤ . ومن حيث أن المنصوص عليه أن المعسر اذا كان يحرز جميع الميراث يجعل كالميت ، وان كان لا يحرز جميع الميراث يعتبر حيا فى حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين . ومن حيث أن المعسر هنا الجد والأم وكلاهما وان كان يحرز جميع الميراث فى بعض الحالات (اذ الجد يستقل بالتركة تعصيبا اذا لم يوجد معه فرع وارث ذكرا كان او انثى والأم كذلك تأخذ جميع التركة فرضا وردا اذا لم يكن معها صاحب فرض او عصبة) الا أن المراد هو احراز جميع الميراث فى حالة ما اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر بدليل ما ذكره من الفروع فى هذا المقام . فقد نصوا على انه اذا كان الصغير ام واخت شقيقة موسرتان ، واخت الأب واخت لأم معسرتان ، فجميع النفقة تجب على الأم والأخت الشقيقة ،

لكن على اربعــة اسهم ثلاثة اسهم على الأخت الشقيقــة وسهم على الأم ، ولا تلحق الأخت لأب والاخت لام بالاموات بل تعتبران لاظهــار النصيب ثم يسقط نصيبهما لعسرتهما ولو جعل من لا تجب عليــه النفقة كالمعــدوم ، واعتبرنا ان الموجود هو الأم والأخت الشقيقة فقط ،لوجبت النفقة عليهما اخماسا ثلاثة اخماسها على الشقيقة والخمسان على الأم باعتبار أن فرضها الثلث ، فى هذه الحالة ، وهو سهما من ستة أسهم . ونصوا ايضا على انه لو كان للصغير ام معسرة وخالات متفرقات موسرات ، فالنفقة على الخالة لأب وام ، وعللوا ذلك بأن الأم ، تحرز كل الميرات فى هــذه الحالة فتجعل كالمعــدومة .

ومن حيث ان الجد معسر فيجب جعله كالميت ، ولا محل لاعتباره حيا لعدم احرازه جميع الميراث ، فى مسالتنا هذه ، لأننا لا نلجأ الى هذا الاعتبار الا فى حالة ما اذا تعدد الموسرون ، فيعتبر المعسرون أحياء ، لاظهار قــدر ما يجب على الموسرين بنســبة سهامهم فى الميراث ، ثم تجعل النفقــة على الموسرين ص ٧٠١ من الجزء الثانى من ابر عابدين وهنا لم يتعدد الموسرون، بل لا يوجد موسر سوى العمة الشقيقة ولا ميرات لها مع الأم والجد على ان اعتبار الجد حيا لهذه الغاية لا يسوغ فرض النفقة عليه ما دام قــد جعل كالميت فى حق الاستحقاق لاعساره .

٣٢/٦١٢ اسيوط (٣٢/٥/٦) م ش ٩٢٦/٥

□■□

(المبدأ ٢١) : نفقة الاقارب كنفقــة الزوجة من ناحيــة سماع دعوى زيادة المفروض منها صلحا .

من حيث أن المنصوص عليه شرعا ان الزوجين لو اصطلحا على مقدار معين للنفقة ، ثم قالت الزوجة لا يكفينى سمع ذلك منهــا ، ومن حيث ان هذا النص وان كان واردا فى الصلح بين الزوجين الا انه معقول المعنى فى كل حالات الصلح بين من تجب له النفقــة ومن تجب عليــه لأن وجه ســماع الدعوى بعــد هذا الصلح ظهور ان المصطلح عليــه لم يكن كافيــا وحينئــذ فلا يفهم تخصيص هذا النص بالصلح على النفقة بين الزوجين فحسب .

٣٤/٧٣٤ س ك مصر (٣٥/٢/٢٠) ت س م ش ١٧٨/٧

□■□

(المبدأ ٢٢) : القريب الفقير الذى له ما يكفيه حسب حال الفقراء لايقبل طلبه اذا طلب تكميل نفقته حسب حال الاغنياء من قريبه الغنى بل ترفض دعواه .

حيث ان المدعية معترفة بأنها فقيرة ، وان زوجها والد الأولاد توفى فقيرا كذلك ، وان والدها يعيش مع عائلته التى ذكرتها فى المحضر بمرتبه ، فيكون فقيرا ايضا ، وبذلك تكون المدعية هى واولادها من قوم فقراء باعترافها ، والفقير الذى يكون فى عمله او فى مرتب معاشه ما يكفيه حسب الوضع الذى اختاره الله له فى هذه الدنيا من ضيق فى العيش لا يجوز له شرعا أن يتسامى الى أن يعيش معيشة من بسط الله له فى الرزق ، لأن هذا يؤدى الى عكس ما أراد الله فى هذه الدنيا من سعة فى الرزق لطائفة وضيق فيه لطوائف حسبما اقتضته حكمته الدقيقة.

٣١/٥٠٩ السيدة (٣١/١٢/٣١)　　　م ش ٣/٤٧٧

□■□

(المبدأ ٢٣) : تبطل النفقة بموت المحكوم عليه .

تبطل النفقة بموت المحكوم عليه لأنها صلة ، والصلات تبطل بالموت قبل القبض كالهبة ، ما عدا نفقة الزوجة طبقا للمادة الأولى من القانون رقم ١٩٢٠/٢٥ .

٣٨/٦٨٨ الضواحى (٣٩/٣/٥) ت س　　　م ش ٥١/٣/١١

□■□

(المبدأ ٢٤) : اذا أكل المحكوم له بنفقة الأقارب من ماله او من مساءلة الناس فلا يصح له الرجوع على المحكوم عليه .

المحكوم له بنفقة الأقارب اذا أكل من ماله او من مساءلة الناس ، فلا يصح له الرجوع على المحكوم عليه بما أنفق ، لأن هذه النفقة تجب دفعا للحاجة ، وقد ندفعت وحصل الاستغناء .

١٣٩/١٢٧٩ المنشية (٤١/١/٢٣)　　　م ش ٨١/٩/١٢

□■□

(المبدأ ٢٥) : ما انعقد باطلا لا يعود صحيحا .

اذا كان أصل الاشهاد بالنفقة انعقد باطلا غير مستوف شروطه الشرعية فلا يكون له اى أثر شرعى ، لأن الصحة والبطلان فى المعاملات الشرعية

استتباع الأثر شرعا فى الصحة وعدم الاستتباع فى البطلان حتى دلنا أن ...ول اذا ما طرا على المشهد له الاعسار لا يستحق النفقة بهذا الاشهاد لأن ما انعقد باطلا لا يعود صحيحا . ومن هنا ذكرت العبارة الفقهية « ان التزام ما لا يلزم لا يلزم » .

٣٨/٦٨٨ الضواحى (٣٩/٣/٥) م ش ٥٤/٤

□■□

(المبدا ٢٦) : تنزيل الجد منزلة الأب فى وجوب النفقة عليه وحده فى حالة حجبه غير من العصبات لحجبه اخا عصبيا او عما كذلك — ففى ام وجد لاب واخ عصبى او عم كذلك تكون النفقة على الجد وحده .

بمراجعة نصوص الفقهاء فى موضوع نفقة الاقارب ، تبين ان الجد ينزل منزلة الاب فى وجوب النفقة عليه وحده فى حالة حجبه غيره من العصبات ، لحجبه أخا عصبيا أو عما كذلك فيما اذا وجد معه احدهما او كلاهما ، بخلاف ما اذا لم يتحقق حجبه غيره كجد لأب مع ام ، لا يوجد غيرهما للمطلوب له النفقة ، فتكون النفقة عليهما اثلاثا ، على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان — قا لابن عابدين فى رسالته تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول بعد ان ذكر ضوابط وفروعا ما نصه « فان قلت : قال فى الخانية اذا كان له أم وجد لأب واخ شقيق قال ابو حنيفة انها على الجد وحده وهو مذهب الصديق رضى الله عنه ، واثار اشكالا ، ثم حرر الموضوع بقوله (قلت) وبالله استعين ان اجتماع الجد لأب مع الأم بدون اخ انما اوجبوا فيها النفقة اثلاثا كالارث فى ظاهر الرواية كما قدمنا لعدم تنزيلهم الجد بمنزلة الأب فى باب النفقة ، وأما اذا وجد مع الجد اخ فقد نزلوه منزلة الأب حتى حجب الأخ من الارث اذا مات ذلك الفقير الذى مرادنا أن توجب له النفقة ، فلما تحقق تنزيله منزلة الأب فى هذه الصورة الزمت النفقة الجد كما لو كان الأب موجودا فلهذا قدمنا انه لو له جد لأب واخ لزمت الجد — ثم اذا وجد معهما ام ايضا لم يلزمها شىء من النفقة وان شاركت الجد فى الميراث ، لما علمت من تحقق تنزيله منزلة الأب فى هذه الصورة ، حتى حجب الأخ الى آخر ما ذكره — ثم قال بعد ذلك فى موضع آخر من الرسالة ، ففى ام واخ عصبى أو ابن اخ كذلك أو عم ، على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان (بدائع) الى ان قال ولووجد معها (أى مع الأم) فى هذه الأمثلة جد لأب كانت النفقة عليه وحده لأنه يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله منزلة الأب ، كما لو كان الأب موجودا حقيقة كما قررنا قبيل هذا الفصل (يشير الى ما نقلناه سابقا) .

٤٩/٦٥ ك س بنى سويف (٥٠/٦/١١) م ش ٣٨٣/٢١

□■□

(المبدأ ٢٧): اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقــة موسر ومعسر فان كان المعسر يحرز كل الميراث يعتبر معدوما ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقة فتجعل عليهم على قدرمواريثهم وان كان المعسر لا يحرز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك .

حيث ان المنصوص عليه شرعا انه اذا اجتمــع فى قــرابة من تجب له النفقــة موسر ومعسر ، فان المعسر اذا كان ممن يحــرز كل الميــرث يعتبر معدوما ، ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقة فتجعل النفقــة عليهم على قدر مواريثهم ، وان كان المعسرلا يحرز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيمتبر المعسر لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم نجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبــار ذلك ــ اما اذا كان المعسر لا يحــرز كل الميراث لأن الأخوة الأشقاء هنا لا يحرزون كل الميراث لمشــاركة الأم لهم فلا وجه لاعتبارهم معدومين فتقسم النفقة عليهم وعلى من يرث معهم وهو الأم لاظهار قد ما يجب على الأم على اعتبار ذلك ولا وجه لايجاب النفقة على احد من الأعمام لأن كلا منهما يحجب بالأخ الشقيق المطلوب له النفقــة فلا يرث معه ولا تجب لذلك النفقة عليه .

٣٤/٧٥٥ الزقازيق (٣٥/٤/٨) ت س م ش ٢١٥/٧

□■□

(المبدأ ٢٨) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام وعم وجــد لأم كانت النفقة على الأم والعم اثلاثا .

اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام وعم وجد لأم . فقد نصــوا على أن النفقة فى هذه الحالة على الأم والعم أثلاثا ، ولا شىء على الجــد لأم لعدم المشاركة فى الارث (راجع ابن عابدين فى نفقة الأقارب) .

٣٣/١٠٠٣ بورسعيد (٣٤/٨/٢٢) م ش ٦٨٩/٦

□■□

(المبدأ ٢٩) : اذا كان للصغير أما وشقيقا معسرين واخوة لأب موسرين (المدعون) وجدة لأم (مدعى عليها) وجد الأب وثار الخلاف حول من تجب نفقة الصغير عليه فى هذه الحالة .

المنصوص عليــه شرعا انه اذا اجتمع فى قرابة الأولاد الذين تجب لهم النفقة أصول وحواشى ، فان كان احد الصنفين غير وارث ، اعتبر الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية ولا مشاركة فى الارث حتى يعتبر فيقــدم الأصل ســواء كان هو الوارث او كان الوارث الصــنف الآخر . وان كان كل مــن

الصنفين اعنى الأصول والحواشي وارثا أعتبر الارث (يراجع الأصل السادس فى باب نفقة الاقارب لابن عابدين ص ٦٩٨) وانه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر الى المعسر فان كان يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ما لم يكن أبا فانه لا يعتبر معدوما الا اذا كان زمنا وان كان لا يحرز كل الميراث يجعل موجودا فى حق غيره وتجب النفقة على من بعده بقدر حصصهم فى الارث اذا علم ذلك نقول قد اجتمع فى قرابة البنت الصغيرة أم واخ شقيق معسران واخوة لأب موسرون ، وجدة وجد لأم . والام والشقيق يحوزان كل ميراث البنت وهما معسران فيعتبران معدومين طبقا للقاعدة الثانية المتقدمة واذا اعتبرا معدومين يكون قد اجتمع فى قرابة البنت الأخوة لأب المذكورون والجدة والجد لأم فتكون النفقة على الأخوة لاب والجدة لام على فرض انها موسرة عليها السدس وعليهم الباقى تطبيقا للقاعدة أولى السابقة واذا كانت معسرة فالنفقة على الاخوه لأب فقط تطبيقا للقاعدة الثانية لأنها أى الجدة لام لا تحرز كل الميراث فلا تعتبر معدومة وتفرض النفقة على الاخوة لاب ولا شيء على الجد لأم حيث لم يشترك مع الأخوة لأب والجدة لام فى الميراث ونظير هذه المسألة ما اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أم وعم وجد لأم وقد نصوا على ان النفقة فى هذه الحالة على الام والعم أثلاثا ولا شيء على الجد لأم لعدم المشاركة فى الارث (يراجع ابن عابدين فى نفقة الأقارب) وحيث انه لما تقدم يبين وجوب النفقة على الاخوة لأب وحده فى حالة اعسار الأم وعليهم وعليها فى حالة يسارها .

٣٣/١٠٠٣ بورسعيد (٣٤/٨/٢٢) م ش ٦/٩٨٨

□■□

(المبدأ ٣٠) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر وكان المعسر يحرز كل المال نزل منزلة المعدوم وفرضت النفقة على من يليه.

المنصوص عليه شرعا انه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر وكان المعسر يحرز كل المال نزل منزلة المعدوم وفرضت النفقة على من يليه ولا شك أن العم لا يرث الأخوة هذا فضلا عن أن الفقير لا تجب عليه نفقة غير فرعه واصله وزوجته سوى الأب .

٣٥/٣٤٧ كفر صقر (٣٥/١/٢١) ت س ٣٣/٤/١١

□■□

(المبدا ٣١) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب النفقة له ام وجد لأب وعصبة كاخوة واعمام كانت النفقة على الجد للاب وحده لأن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله منزل الأب والأب لو كان موجودا حقيقة لا يشاركه احد فى نفقة اولاده فكذا اذا كان موجودا حكما .

يقضى الفقه بأنه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام وجد لأب وعصبة كأخوة واعمام كانت النفقة على الجد للأب وحده لأن الجد يحجب الأخ وابنه والعم بتنزيله حينئذ منزلة الأب ، والأب لو كان موجودا حقيقة لا يشاركه احد فى نفقة أولاده فكذا اذا كان موجودا حكما . وحيث اتفق الخصمان على وجود اخوة واعمام لكل ولد من الأولاد المطلوب لهم النفقة فقد وجد مع الأم والجد لأب وكل ولد من الأولاد أخ وعم عصبى فقد تحقق تنزيل الجد منزلة الأب فصار الجد كما لو كان الاب موجودا حقيقة . واذا كان الأب موجودا حقيقة فلا تشاركه الأم فى وجوب النفقة فكذا اذا كان موجودا حكما فتجب على الجد فقط فى هذه الحالة كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من رد المحتار ص ٦٩٨ وفى الجزء الأول من رسالة ابن عابدين ص ٢٨٤ فى رسالة الابانة فى أخذ أجرة الحضانة .

٢٦/٣٠٧ ك س المنيا (٦/١٠/٣٧) م ش ٩/٢٥٠

□■□

(المبدا ٣٢) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام واعمام فقراء، وجدة لأب ، وجد لأم ، موسران ، فنفقته على الجدة لأب دون الجد لأم لترجحها عليه . اعتبار النصاب خاص بقرابة غير الولادة اما فى هذه (قرابة الولادة) فالقدرة على الكسب كافية فى ايجاب النفقة على القريب ولو لم يتكسب بالفعل . اعسار القريب فى غير قرابة الولادة يجعله كالمعدوم ولو كان قادرا على الكسب فتجب النفقة على القريب الابعد الموسر بدون رجوع على الأقرب المعسر على ما افتى به . ولو لم يحرز كل الميراث . اعتبار الارث عند اجتماع الأصول والحواشى يصدق بارث بعض افراد احد الصنفين مع كل او بعض افراد الصنف الآخر او بارث الجميع معا .

اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصول وحواشى ، فاما ان يكون بعض المصنفين وارثا ، والصنف الآخر غير وارث ، واما أن يكون كلا الصنفين (أى الأصول والحواشى) وارثا ويصدق الثانى بارث بعض افراد احد الصنفين مع كل أو بعض أفراد الصنف الآخر أو بارث الجميع . ففى الأولى يعتبر الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية — ويقدم الأقرب فالأقرب ولو لم يكن الأصل وارثا كجد لأب واخ شقيق وكجد لأم وعم شقيق ، فهى على الجد فى الحالين وان لم يرث فى الثانى . وفى الثانية اى ان كان كل من

الصنفين وارثا ، يعتبر الارث لأن الغرم بالغنم كأم وعم او أم أو اخ وابن اخ فعلى الأم الثالث وعلى العاصب الثلثان اعتبارا بالارث واذا تعددت الأصول فى الحالين كجد لأب وجد لأم وعم فعلى الجد لأب لترجيحه على الجد لأم بالميراث مع استوائهما فى القرب والجزئية وحجب العم كما فى الخانية وكأم وجد لأم واخ فعلى الأم والأخ ثلاثا اعتبارا بالارث ويسقط الجد لأم بالأم لانها اقرب منه جزئية وانه اذا تساوى الأصول فى القرب والجزئية والمحرمية طلب المرجح فاذا وجد وجب المصير اليه والا فبقدر مراتبهم ان كان او رؤوسهم بالتساوى ان لم يكن . وان المعتبر اهلية الارث لا حقيقته (ابن عابدين نقلا عن القنية) . وفى حاشية الرملى على البحر (اذا اجتمع اجداد وجدات فعلى الأقرب ولو لم يدل به الآخر فاذا تساروا فى القرب فالمفهوم من كلامهم ترجح الوارث بل هو صريح قول البدائع فى قرابة الولادة اذا لم يوجد الترجيح اعتبر الارث وكل ذلك اذا كان الجميع موسرين اما اذا كانوا معسرين والأب موجود او الأم فعليه نفقة جزئه ولو معسرا ما دام قادرا على الكسب لأن النفقة على الأصل ولو معسرا اما اذا كان المعسر من قرابة غير الولادة فانه يعتبر معدوما بمجرد فقره ولا تكفى قدرته على الكسب فى ايجاب نفقة قريبه عليه ـ فقد جاء فى رسالة تحرير النقول لابن عابدين (اعلم ان جميع ما قدمناه انما هو فيما اذا كان جميع الموجودين موسرين اذ لا تجب النفقة الا على موسر فلا تجب النفقة على غير الموسر ولو قادرا على الكسب ولكن هذا باطلاقه خاص بالنفقة لغير قرابة الولادة ، اما فى قرابة الولادة فانه ينظر ان كان المنفق هو الأب فلا يشترط لوجوب نفقة اولاده الصغار الفقراء والذكور الزمنى الفقراء والاناث الفقيرات يساره بل تكفى قدرته على الكسب ومثله الأم أ.هـ. بتصرف وفى الخيرية له أم وعم فقيران فعلى الأم وان كانت معسرة لأنها اصل والنفقة على الأصل ولو كان معسرا وغير الأصل اذا كان معسرا فحكمه حكم الميت والله اعلم وفى تنقيح الحامدية « له جده لأم وخالان موسرون وعمان معسران فعلى الجدة لأم فقط ـ قال فى التنوير والمعتبر فيه القرب والجزئية لا الارث ثم قال والمعتبر اهلية الارث لا حقيقته ومثله فى البزازية والخانية ففى هذه المسألة جعلوا نفقة الصغير على الجدة لأم لأن الصغير جزؤها وان قلنا باستوائهما فى المحرمية فهى ترثه فرضا وردا . واما العمان فانهما بعيدان بعسرهما معدومين كما سبق فى محله أ.هـ.) . فنرى من هذا انهم لم يعتبروا الكسب وحده كافيا فى ايجاب النفقة على غير قرابة الولادة بل اعتبروا الأعمام فى المسألتين معدومين بمجرد فقرهم ، وانه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة معسر وموسر فان كان المعسر يحرز كل الميراث اعتبر معدوما وتجب النفقة على ورثته بقدر مواريثهم فيه وان كان لا يحرز كل الميراث يعتبر موجودا لاظهار قدر ما يجب على من يرث معه ـ ففى ابن

وابن ابن والابن معسر ـ على ابن الابن ـ وفى اب وجد لأب كذلك، وفى اموجدة لأب او لأم او جد لام وعم والام معسرة والعم موسر فعلى العم جميع النفقة ثلثاها بطريق الاصالة وثلثها لفقر الأم ولا شيء على الجدات لسقوطهن ، لكن اذا كانت المسألة بحالها والعم فقير كالأم والجدان معسران فان الحكم يختلف اذ يعتبر العم معدوما لفقره والأم معدومة لاحرازها كل الميراث مع الجدات الموسرات بعد سقوط العم طبعا . فاذا وجدت جدة وحدها او جد لأم موسر وحده فعليه جميع النفقة اما اذا تعددن او وجدت جدة لأب مع جدة لأم موسران فانه يصار حتما الى الترجيح ولا مرجح سوى الارث فهنا تجب النفقة على الجدة لأب الموسرة وحدها لترجحها على الجدة لأم بالارث وان استويا فى القرب والجزئية . فقد سقط العمان لفقرهما والأم الفقيرة لاحرازها كل الارث مع الجدة والجد لأم فبقى الجدة لأب والجد لأم الموسران فى مرتبة واحدة مع الصغيرين فيصار الى الارث لأن الجدة لأب ترثهما حينئذ فرضا وردا بعد انعدام الأم والعمين كما اسلفنا فيؤخذ من كل ما ذكرنا ان العبرة فى يسار القريب غير الولادة بملك النصاب ولو لم يحرز كل الميراث والأصول اذا تساووا فى كل شيء صير الى المرجح ولا مرجح سوى الارث وان الضوابط التى وضعوها فى نفقات الأقارب ليست على اطلاقها لشذوذ كثير من الفروع المعتبرة عنها وان قولهم فى الأصول والفروع وان كان كلا الصنفين وارثا يصدق بارث احد الصنفين مع كل او بعض الصنف الآخر وبارث الجميع مع الجميع .

٣٧/١١٧٠ ك س مصر (٣٨/٤/٤) م ش ٤٤٧/١٠

□■□

(المبدا ٣٣) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصول وحواشى واحد الصنفين غير وارث كانت النفقة على الأصول وحدهم .

القاعدة الشرعية انه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصول وحواشى واحد الصفين غير وارث كانت النفقة على الأصول وحدهم . وقد اجتمع فى هذه الدعوى ـ لكل اخ اصول وحواشى (أم واخوة واعمام) واحد الصنفين غير وارث (الأعمام) فالنفقة اذن على الأم وحدها .

٣٧/٧٤١ فاقوس (٣٨/١٢/٣١) ت س م ش ٤٥٨/١٠

□■□

(المبدا ٣٤) : اذا اجتمع من اقارب الصغير الفقير المطلوب له النفقة ام معسرة واخوة اشقاء وجد لأم موسر كانت نفقة الصغير على الأخوين دون الجد .

بالنسبة لنفقة البنات موجود أم معسرة وجد لأم واخوان شقيقان للبنات موسران . وفى هذه الحالة التى معنا الأم المعسرة تعتبر حية لأنها لا تحرز كل الميراث وانما تعتبر معدومة فيما اذا كانت تحرز كل الميراث ، اذ ان اخوى البنتين يرثان مع امهما فى هذه الحالة ، فتعتبر الأم المعسرة حية ، ومتى كانت الأم حية فانها لا تحجب الجد لأم لأنها اقرب جزئية ، اذ انه هو يدلى بها وتكون النفقة فى هذه الحالة للبنتين على اخويهما الشقيقين الموسرين ، اذ ان الفقهاء بعد ان ذكروا الأحكام فى نفقات الأقارب، قالوا ان ذلك انما يكون اذ اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة عدد موسر ، واما اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ، ينظر الى المعسر ، فان كان يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ، ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقة ، فتجعل النفقة عليهم على قدر مواريثهم ، وان كان المعسر لا يحرز كل الميراث ، فلا يجعل كالمعدوم ، وتقسم النفقة عليه وعلى من يرثه معه ، فيعتبر المعسر حيا لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ، ثم تجعل كل النفقة على الموسرين حيا لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ، ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك هكذا ذكر ابن عابدين فى رسالته المسماة تحرير النقول فى نفقة الفروع والأصول ص ٢٨١ وما بعدها وقال فى بيان هذا الأصل « صغير له ام واخت شقيقة موسرتان وله اخت لأب واخت لأم معسرتان فالنفقة على الأم والشقيقة على اربعة ولا شىء على غيرهما ولو جعل من لا تجب عليه النفقة كالمعدوم اصلا كانت اخماسا ثلاثة اخماس على الشقيقة والخمسان على الأم اعتبارا بالميراث ولو كان له أم معسرة ولأمه اخوات متفرقات موسرات فالنفقة على الخالة لأب وام لأن الأم تحرز كل الميراث فتجعل كالمعدومة ولو كان رجل معسر زمن له ابن صغير فقير وثلاثة اخوة متفرقين موسرين فنفقة الرجل على اخيه الشقيق واخيه لأمه اسداسا اعتبارا بالميراث واما نفقة ولده الصغير فعلى عم الولد الشقيق فقط اى لأنه اذا جعل الأب كالمعدوم لكونه يحرز كل ميراث ابنه يكون الوارث للابن هو العم الشقيق فقط فيختص بالنفقة ايضا الى آخر الفروع التى ذكرها ص ٢٩٠ من رسالته المشار اليها ــ وقال من فروع هذا الأصل ما فى فتاوى المرحوم على افندى المرادى مفتى دمشق حيث سئل فى امرأة فقيرة لها بنتان غنية وفقيرة واربعة ابناء واخ عصبى اغنياء فاجاب بأن على بنتها الغنية النصف وعلى ابناء اخيها النصف ، قال لأن الفقيرة حسبت ليكون لأختها الثلث ولأبناء اخيها الثلث ثم سقطت عند وجوب النفقة فوجب على اصحاب الثلثين فتنصف عليهما ــ وسئل ايضا عن طفل فقير له ام فقيرة وجدة وعم موسران فاجاب على الجدة السدس والباقى على الأم على قدر الارث ــ وسئل ايضا فى ايتام فقراء لهم جد لأب معسر واعمام موسرون وام موسرة فاجاب بان النفقة كلها على

الأم دون الجد لأنه معسر ودون الأعمام لعدم ارثهم مع الجد انتهى ــ قال ابن عابدين بعد أن ذكر هذه الأسئلة واجوبتها المذكورة . اقول لكن فى جوابه عن السؤال غلط والصواب وجوب النفقة بتمامها على البنت الغنية فقط لقول المتون لا يشارك الولد فى نفقة ابويه احد فلا يجب على الفقيرة شيء لاعسارها ولا على ابناء الأخ لأنهم من الحواشى وقد علمت مما قدمناه من الأصل الجامع انه متى وجد الفروع تسقط الحواشى كما فى بنت واخت شقيقة فانها تجب على البنت فقط ولا شيء على الشقيقة مع انها اقرب من ابناء الأخ ــ واولى من ذلك ايضا ابن نصرانى واخ مسلم على الابن فقط ولا شيء على الأخ المسلم وان كان الارث كله له . هذا بالنسبة للجواب عن السؤال الأول وقال وكذا الجواب عن السؤال الثانى غير صحيح لأن الأم فيه لا تحرز كل الميراث فلا تنزل منزلة المعدوم كما علمت من الأصل الذى قررناه فان اطلاق ذلك الأصل يقتضى أن من لا يحرز كل الميراث يعتبر حيا وان لم يكن الوارث معه متعددا فاذا اعتبرنا الأم هنا احية تسقط الجدة فيكون الوارث هو العم فقط لتكون النفقة كلها عليه وحده ولهذا اوجبت النفقة فى السؤال الثالث على الأم وحدها واسقط الأعمام الموسرين بالجد المعسر لأن الوارث على اعتبار حياة الجد لاب هو الام وحدها وهى غير متعددة (انتهى) وقال فى ص ٢٧٨ من الرسالة المذكورة فى عم وعمة وخالة على العم ايضا ولو كان العم معسرا فعلى العمة والخالة اثلاثا كارثهما ويجعل العم كالمعدوم لأنه يحرز كل الميراث. ثم قال تنبيه فى القنية ــ له عم وجد لأب وام ونفقته على اب الأم وان كان الميراث للعم ولو كان له ام واب فعلى الأم وفيه اشكال قوى لأنه ذكر فى الكتاب اذا كان له ام وعم موسران فعليهما اثلاثا فلم يجعل الأم اقرب من العم وجعل فى المسألة المتقدمة اب الأم اقرب من العم ولزم منه ان تكون النفقة على اب الأم ومع هذا اوجبها على الأم ، ويتفرغ من المسألة فرع اشكل الجواب فيه وهو ما اذا كانت له ام وعم واب لأم موسرون فيحتمل ان تجب على الأم لا غير لأن اب الأم لما كان أولى من العم والأم أولى من اب الأم كانت الأم اولى من العم لكن يترك الجواب للكتاب ويحتمل ان تكون على الأم والعم اثلاثا انتهى ــ ونقله فى البحر وغيره ولم يجيبوا عنه وقال ابن عابدين بعد أن ذكر ذلك اقول وانت خبير بانه لا اشكال اصلا على ما مهدنا من الضابط الجامع لأن ما ذكره من تقديم اب الأم على العم فهو لكون اب الأم مرجحا بالجزئية على عدم اشتراكهما فى الارث فاعتبرت الجزئية فقط بخلاف ماعزاه الى الكتاب من عدم تقديم الأم على العم لأنهما اشتركا فى الارث فاوجبها عليهما اثلاثا وبنحو ذلك اجاب الخير الرملى واما ما فرعه واستشكله فهو ظاهر ايضا مما مهدناه لأنه اجتمع الاصول مع الحواشى وكل من الصنفين وارث فيعتبر الارث فتجب على الأم والعم اثلاثا ويسقط اب الأم بالأم لترجيحها عليه بالقرب والارث وبذلك افتى

بعض المتاخرين من مشايخنا فى خصوص هـذا الفرع وكذلك قال العلامة الرملى فى حاشيته البحر ان الذى ينبغى التعويل عليـه فى الفرع المشكل أن تكون على الأم والعم اثلاثا لأن كلا منهما وارث وقـد سقط اب الأم بالأم فكان كالميت . انتهى ما ذكـره ابن عابدين فى رسـالته . ومن كل هذه النقول والمعول فى المذهب يتبين انه فى حادثتنا هذه تكون نفقة البتين على اخويهمـا الشيقين ولا تجب على الجـد لأم لحجبه بالأم المعسرة وهى لا تحرز كل الميراث وتعتبر حية فى هذه الحادثة .

١٥٦٠/٥٣ ك مصر (٥٤/١٠/٢٧) م ش ٥٨/٢٤

□■□

(المبدا ٣٥) : اذا اجتمع الأصول فى قرابة من تجب له النفقة وتعددوا ولم يكن منهم الأب والجد تجب النفقـة على الأقرب فالاقرب جزئيـة من جهة الأصول مع من يرث معه .

حيث أن الفقـه يقضى بانه اذا اجتمع الأصول فى قرابة من تجب له النفقة وتعددوا ولم يكن منهم الأب والجد وتجب النفقة على الأقرب فالأقرب جزئية من جهة الأصول مع من يرث معه .

٤٠٦٦/٤٠ س ك مصر (٤٢/٣/٢٢) م ش ٢٠٣/١٤

□■□

(المبدا ٣٦) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر وكان المعسر يحرز كل الميراث يعتبر كالمعـدوم ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقة .

يقضى الفقه بانه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقـة موسر ومعسر وكان المعسر يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقة فتجعل النفقة عليهم بقدر ميراثهم فتجعل الأم كالمعدومة (لاعسارها) وتجب النفقة على من يليها من الأصول لأنها اذا انفردت احرزت كل ميراث اى واحد من اولادها فرضا وردا .

٤٠٦٦/٤٠ س ك مصر (٤٢/٣/٢٣) ت س م ش ٢٧٨/٢٣

□■□

(المبدا ٣٧) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقـة اصل وفرع كانت النفقة على الفرع .

اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصل وفرع ، كانت النفقة على

الفرع دون الأصل ، فلو ان للأم الفقيرة ابا موسرا ، وبنتا موسرة ، كانت النفقة على البنت دون الأب لقوله لا يشارك الولد فى نفقة ابويه أحد .

٥١/١٥١٨ ميت غمر (٥٢/١١/٢٤) ت س م ش ٢٧٨/٢٣

□■□

(المبدأ ٣٨) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصول وحواشى وكان احد الصنفين وارثا وجبت النفقة على الأصول .

اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصول وحواشى ، وكان احد الصنفين وارثا والآخر غير وارث ، وجبت النفقة على الأصول ، ولو كانوا غير وارثين ، فاذا كان للصغير المطلوب له النفقة جد لأم موسر واخت شقيقة موسرة كانت الفقة على الجد دون الأخت ترجيحا للجزئية ، ولو أن الوارث غيره .

٥١/١٥١٨ ميت غمر (٥٢/١١/٢٤) ت س م ش ٢٧٨/٢٣

□■□

(المبدأ ٣٩) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة اصول وحواشى .

اذا أجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أصول وحواشى ، فان كان أحد الصنفين وارثا ، والآخر غير وارث ، فالنفقة على الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية . وان كان كل من الصنفين وارثا اعتر الارث .

٣٨/١٦٧٤ الضواحى (٣٩/٧/٢٥) ت س م ش ٧٣/٢/١١

□■□

(المبدأ ٤٠) : اذا كان بعض من تجب عليهم النفقة موسرا والآخر معسرا اعتبر المعسر معدوما وان كان يحرز كل الميراث .

اذا كان بعض من تجب عليهم النفقة موسرا والآخر معسرا اعتبر المعسر معدوما ان كان يحرز كل الميراث وموجودا ان كان لا يحرز كل الميرث لاظهار ما يجب على من يرث معه .

٣٨/١٦٧٤ الضواحى (٣٩/٧/٢٥) ت س م ش ٧٣/٢/١١

□■□

(المبدأ ٤١) : اذا كان للصغير ام واخوة اغنياء فالنفقة عليهم بحسب الميراث .

اذا كان للصغير أم واخوة اغنياء فنفقته عليهم بحسب الميراث .

٣٨/١٦٧٤ الضواحى (٣٩/٧/٢٥) ت س م ش ٧٣/٢/١١

□■□

(المبدأ ٤٢) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام واخت شقيقه وعمان شقيقان وجد لأم وجدة لأب .

اذا اجتمع فى قرابة المطلوب له النفقة ام واخت شقيقة وعمان شقيقان وجد لأم وجدة لأب . فوجود الأم يسقط اعتبار الجد لأم والجدة لأب واعسار الأم والأخت الشقيقة اللتان لا تحرزان كل الميراث مما يجعل النفقة واجبة على العمين الموسرين .

٣٦/٢٥٦ س ك مصر (٣٧/٣/١٨) م ش ٤٨/٣/١١

□■□

(المبدأ ٤٣) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر.

المنصوص عليه شرعا انه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر فان كان المعسر لا يحرز كل الميراث يعتبر موجودا لمعرفة قدر ما يجب على الموسرين ثم تجعل النفقة كلها على الموسرين .

٣٦/٢٥٦ س ك مصر (٣٧/٣/١٨) م ش ٤٨/٣/١١

□■□

(المبدأ ٤٤) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام واخ شقيق وعمان شقيقان وجد لأم وجدة لأب وكانت الأم والأخ الشقيق اللذان يحرزان كل الميراث معسرين اعتبرا معدومين .

اذا اجتمع فى قرابة المطلوب له النفقة أم واخ شقيق وعمان شقيقان وجد لأب وكانت الأم والأخ الشقيق اللذان يحرزان كل الميراث معسرين اعتبرا معدومين وينتقل وجوب النفقة منهما الى الجدة لأب والى العمين ولا شىء على الجد لأم لسقوط اعتباره مع وجود الجد لأب .

٣٦/٢٥٦ س ك مصر (٣٧/٣/١٨) م ش ٤٨/٣/١١

□■□

(المبدا ٥٤) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام فقيرة وجد لام موسر واعمام موسرون فالنفقة على الأعمام وحدهم .

ومن حيث ان المنصوص عليه شرعا أنه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة ام وجد لأم وعم تكون الفقة على الأم والعم اثلاثا . وانه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر الى المعسر فان كان يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم (ما لم يكن أبا فانه لا يعتبر معدوما الا اذا كان زمنا) وان كان لا يحرز كل الميراث يجعل موجودا فى حق غيره وتجب النفقة على من بعده على اعتبار وجوده بالنسبة ، وذلك ليتبين قدر ما يجب على غيره من الموسرين المشاركين له فى وجوب النفقة ان لو كانوا جميعا موسرين — وبتطبيق هاتين القاعدتين تكون النفقة على الأعمام وحدهم بالتساوى — قال فى ابن عابدين فى الجزء الثانى بعد الكلام على القسم السادس والسابع فى النفقة بين ذوى القربى ما نصه عند قوله ، واستشكله فى البحر « أصل الاشكال لصاحب القنية ووجهه ان وجوبها فى أم وعم كارثهما نص عليه محمد فى الكتاب فيقتضى جعل العم بمنزلة الأم ، وفى المسالة التى قبلها جعل ابو الأم متقدما على العم فيلزم أن يتقدم ايضا على الأم لمساواتها للعم فيشكل جعل النفقة على الأم فى مسالة ام وابى ام بل الظاهر جعلها على ابى الأم لتقدمه عليها . وجعلها على الأم يقتضى تقدمها على أبيها ، ويلزم منه تقدمها على العم ، لأن اباها متقدم عليه ، فكيف تكون عليهما كارثهما ؟ وحاصله أن هذه المسائل الثلاث متناقضة . واقول لا تناقض فيها اصلا لما علمت أن الارث انما لا يعتبر فى نفقة الأصول الواجبة على الفروع ، اما فى غيرها من نفقة الفروع وذوى الأرحام فله اعتبار فيها على التفصيل الذى قررناه فى الضابط وحينئذ فما ذكر فى المسالة الأولى من تقدم الأم على ابيها لكونها أقرب فى الجزئية مع عدم المشاركة فى الارث وبذلك اجاب الخير الرملى ايضا فى دفع الاشكال ، واما فى المسالة الثانية من تقديم ابى الأم على العم لاختصاصه بالجزئية مع عدم المشاركة فى الارث ايضا . وما ذكر فى المسالة الثالثة من كونها على قدر الميراث لوجود المشاركة فى الارث لما قلنا من اعتبار الميراث فى غير نفقة الأصول ، فحيث وجدت المشاركة فى الارث اعتبر قدر الميراث فقد ظهر ان جهة التقديم فى ايجاب النفقة او المشاركة فيها مختلفة فى المسائل الثلاث فلا تناقض فيها اصلا » .

وفى موضع آخر « قال صاحب البحر وقد نقله ايضا عن القنية حيث قال فيها ويتفرع من هذه الجملة فرع اشكل الجواب فيه وهو ما اذا كان له ام وعم وابو ام موسرون فيحتمل أن تجب على الأم لا غير لأن ابا الأم لما كان اولى من العم والأم اولى من ابيها كانت الأم اولى من العم لكن يترك جواب

الكتاب ويحتمل ان تكون على الأم والعم اثلاثا ا.هـ. ـ قلت وجه الاحتمال الثـاني انه لما نص في مسالة الكتاب على وجوبها على الأم والعم كارثهما اى اثلاثا علم ان المعتبر الارث هنا فحينئذ يسقط ابو الأم في هذه المسالة المشكلة وهو الصواب . وبه اجاب الخير الرملي ايضا فقـال ان الظاهر من فروعهم ان الأقربيـة انما تقدم اذا لم يكونوا وارثين كلهم ، فاما اذا كانوا كذلك فلا كالأم والعم والجد لقولهم بقـدر الميراث ا.هـ. وبذلك اجاب شيخ مشايخنا السائحاني وفقيه عصره شيخ مشايخنا منلا على التركماني وهو الموافق لمـا قدمناه في الضـابط في قسم اجتماع الأصول مع الحواشي وقد نبهنـا على سقوط الاشكال هناك فافهم ص ٦٦٩ جزء ٢ . وفيه ايضا « وفي الخـانية وغيرها الأصل انه اذا اجتمع في قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر الى المعسر فان كان يحرز كل الميرات يجعل كالمعـدوم ثم ينظر الى ورثة من تجب له النفقـة فتجعل النفقة عليهم على قـدر مواريثهم ، وان كان المعسر لا يحرز كل الميراث تقسم النفقـة عليـه وعلى من يرث معـه فيعتبر المعسر لاظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك ا.هـ. علق الاستاذ الرافعي على قوله « واقول لا تناقض فيه اصلا لمـا علمت من ان الارث لا يعتبر في نفقـة الأصـول الى آخـره « بالآتى » وقال الرحمتي في حل اشكال صاحب التنية ان ما نقله اولا وثانيا جاء على الأصل الذى يقرران الاعتبار للقرب والجزئيـة لا الارث وهذا هو المعمول عليـه في المذهب وما نقله عن الكتاب بناء على اعتبار الارث وهو نظير ما قدمه في الولد الكبير الزمن والأنثى ان النفقة على حسب الميراث وهو رواية مضعفة لا ترد على الرواية الصحيحـة فان المراد بالكتاب المبسوط وهو اول كتب ظـاهر الرواية ولذا يسمونه بالأصل . واذا تعارض ما في التاليف المتقدم والمتـاخر فالعبرة لما في المتاخر لأنه استقر عليه راى المجتهد ، فحينئذ تكون النفقة في المسالة التى راى انها اشكل مما قبلها على الأم ، لأنها اولى من ابيها للقرب ومن العم للقرب والجزئيـة ويترك جواب الكتـاب لأن الاعتماد على الرواية الأخرى .

والحاصل ان في المسـالة روايتين مصححة ومضعفـة نقلهما صاحب القنية واستشكل احداهما بالأخرى ولا اشكال لأن احدى الروايتين لا ترد على الثانية بل يعمل بالمرجحة ويقدم على ما فيه القرب والجزئية على ما خلا منهما وما فيـه احدهما على ما خلا عن كل منهمـا وتترك الرواية المضعفـة ولا عبرة للمبررات على معارضة القرب والجزئية ا.هـ » .

والمحكمة ترى ان ما ذهب اليه الرحمتي من التوفيق واعتباره الاحتمال الثاني غير الموافق لظاهر الرواية رواية اخرى وترجيحه الرواية الثـانية لم يتابعه عليه احد وهو مصادم لكل المنصوص عليه في كتب المتاخرين ، وقـد سار في الهندية في مسـالة الأم والعم او الأخ او ابن الأخ من اى عصبة محرم

انها عليهما اثلاثا ــ ولم يحك غير ذلك . وفى تنقيح الحامدية عند قوله اقول مسائل النفقات من اشكل المشكلات الخ . وفى ام وعصبة كاخ شقيق او ابنه او عم او جد لأب تجب على الأم وعلى العصبة اثلاثا اعتبارا بالارث ومع أن الأم اختصت بالقرب والجزئية فيها دونهم ومع أن الجد لأم ارجح منهم بالجزئية . وهذا هو السبب الذى حدى بابن عابدين الى وضع رسالته الجامعة فى النفقات وقال فيها فى القسم السادس « ففى أم واخ عصبى أو ابن اخ كذلك او عم كذلك على الأم الثلث وعلى العم الثلثان » بدائع ثم قال ولو وجود جد لأم مع الأم تقدمها عليه ... الخ .

فلو كان ما ذهب اليه الرحمتى من جعل الاحتمال الثانى رواية وهى المصححة لصادم ما نص عليه فى البدائع وغيرها من كتب المتاخرين المعتبرة من ان النفقة فى حال اجتماع الأم مع العم او الأخ العصبيين انها عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما وقد اضرب ابن عابدين عنه صفحا ولم يشر اليه على أن الاستاذ الرافعى حين نقل هذا القول نقله على انه قول قيل ولم يعلق عليه بانه يعتمده بل رواه مجرد رواية والحق انه ان صح انهما روايتان فالرواية الأولى هى الأصح لأنها الموافقة لكل النقول المعتبرة عن كتب المتاخرين ومتاخرى المتاخرين ممن لا يتهمون وانها الموافقة لباقى المذاهب الأخرى من مذاهب المسلمين والموافقة لظاهر كتاب الله حيث قال مثل ذلك » فى معرض وجوب النفقة ، فحينما وجد شىء من كتب أصحابنا موافق لظاهر كتاب الله فهو الذى عليه المعمول وهو الواجب ان يعض عليه بالنواجذ فانه الصواب .

ومن حيث انه يتبين من ذلك كله أن النفقة هى على الأعمام وحدهم فى مثل هذه الحال ولا شىء على الجد لأم ولا على الجدة لأب .

٣١/١٥١٣ كرموز (٣١/٧/١٥) ت س   س ٣/٢٧٥

□■□

(المبدأ ٤٦) : اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر وكان المعسر لا يحرز كل الميراث كانت النفقة كلها على الموسر .

المنصوص عليه شرعا أنه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر وكان المعسر لا يحرز كل الميراث كانت النفقة كلها على الموسر . وعلى هذا فلو اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة أعمام معسرون واخ معسر وام موسرة كانت النفقة على الأم الموسرة لأن الأعمام فى هذه الحالة غير وارثين لحجبهم بالأخ وهو فقير وان كان المطلوب له النفقة ذكرا واجتمع فى قرابته

اخوة اشقاء واعمام معسرون وام موسرة كانت النفقة على الأم والأعمام معـا بسبب الميراث ويعتبر الأخوات لاظهار قدر ما على الموسر وهو هنا الأم .
٣٧/٥٨٢ كفر صقر (٢٩/٦/٣٨) ت س م ش ٠٠/١٨٢

□■□

(المبدا ٤٧) : اذا اجتمع للصغير امه الوسرة مع اخيه الشقيق المعسر واخيه لأبيه الموسر فنفقته على الأم وحدها .

حيث أن الخصمين حصرا نقطة النزاع فى ان هذين الصغيرين تجب لهما نفقة على اخويهما لأبيهما مع يسار المدعية او لا تجب لهما نفقة عليهما أو يقول المدعى عليه الأول ان نفقتهما لا تجب الا على الأم لأن كل واحد من هـذين الصغيرين المطلوب لهما النفقة له أم موسرة واخ شقيق معسر واخ لأب موسر ـ والأخ لأب غير وارث فى هـذه الحالة فتكون النفقة على الأم لأن القـاعدة الشرعية انه اذا كان هناك اصول وحواشى وكان احدهمـا غير وارث فتكون النفقة على الأصول وحدهم .
٣١/٩٧٢ بورسعيد (٢٨/٥/٣٢) م ش ٦/١٤٨

□■□

(المبدا ٤٨) : نفقة ذى الرحم المحرم لا تجب الا عند الحاجة .

نفقة ذى الرحم المحرم على محرمه لا تجب الا عند الحاجة .
٤٨/٤١٦ قنا (٢/٦/٤٨) م ش ٢١/١٩٤

□■□

(المبدا ٤٩) : نفقة ذوى الأرحام لا تجب الا على من يملك نصابا فارغا عن حوائجه الأصلية .

بالرجوع الى احكام المذهب تبين أن ابا يوسف يرى ان نفقـة ذوى الأرحام لا تجب الا على من يملك نصابا فارغا عن حوائجه الأصلية هو واولاده طول العام ولو كان كثير الكسب والامام محمد يرى ان الكسوب يرفع لنفسه ما يتسع به وعياله وينفق الباقى على ذوى رحمه وقد افتى بكلا الرايين فى المذهب . قال صاحب البدائع وراى محمد اوفق . ولكن المعروف فى رسم المفتى انه عند اختلاف الصاحبين يكون الحكم والفتوى على راى الامام ابى يوسف .
٣٩/١٧٤ جرجا (٢١/٦/٤١) م ش ١٢/٦/١٠٢

□■□

(المبدأ ٥٠) : نفقة ذوى الأرحام مقيدة بقدر الارث وقوة الدرجة عند التساوى فى القرابة .

نفقة ذوى الأرحام مقيدة بقدر الارث وقوة الدرجة عند التساوى فى القرابة فلو فرض وفاة المدعيات وانحصار ارثهن فى عمهن لأم الأب المدعى عليه وفى خالهن لكانت قسمة تركتهن أثلاثا بينهما للعم المذكور الثلثان وللخال الثلث اذ المقرر فقها أن الورثة من ذوى الأرحام ان اختلفوا فى جهة القرابة للمتوفى بأن كان بعضهم من فريق الأب والآخر من قرابة الأم وتساووا فى قوة القرابة كان لفريق الأب ثلثا التركة ولفريق الأم ثلثها (شرح للسراجية للجرجانى وشرح المادة ٣١ ق ٤٣/٧٧ للشيخ خلاف) .

٤٦/٣٢٥ ملوى (٤٧/٤/٢٣) م ش ٢١٦/٢٠

□■□

(المبدأ ٥١) : الرجل الفقير من ذوى المحارم لا يستحق النفقة شرعا على رحمه الا اذا كان عاجزا عن الكسب حقيقة كأن يكون به عاهة تمنعه من العمل أو حكما كأن يكون من أبناء الكرام ولا يجد من يستأجره أما كونه يتعير بالكسب مع تيسره فلا يعتبر به شرعا عاجزا ولا تجب بسببه نفقة على غيره .

ومن حيث أن الرجل الفقير من ذوى المحارم لا يستحق النفقة شرعا على رحمه الا اذا كان عاجزا عن الكسب حقيقة كأن يكون به عاهة تمنعه من العمل ، أو حكما كان يكون من أبناء الكرام ولا يجد من يستأجره ، كما جاء بالفتح والمنح عن الخلاصة . أما كونه يتعير بالكسب مع تيسره فلا يعتبر به شرعا عاجزا ولا تجب بسببه نفقة على غيره ، واستظهار ابن عابدين فى ذلك بحاشيته رد المحتار من باب النفقة قد رده العلامة الرافعى فى تقريره .

ومن حيث أن المدعى لا يدعى عجزا حقيقيا عن الكسب وانما فسر عجزه بأنه لا يجد عملا يتناسب مع حالته وانه كان ذا ثروة وقد نزعت ملكيتها واصبح لا عمل له . وهذا على فرض ثبوته لا يتم به العجز الحكمى لما سبق تحريره ومجرد كونه صار فقيرا ولا عمل له لا يوجب فرض نفقته على غيره لأن القادر على الكسب مثله غنى بكسبه وكسب الحلال فريضة عليه .

٢١/٣٠ س ك المنصورة (٣١/٢/٢) م ش ٦٤٨/٢٠

□■□

(المبدأ ٥٢) : التراضى على نفقة ذوى الأرحام ملزم كالتراضى على نفقة الأصول والفروع طبقا للقواعد ولنصوص الفقهاء الصريحة .

ان التراضى فى نفقة ذوى الأرحام ملزم فان أصحاب الرأى المخالف لنا

لم يستندوا مطلقا الى اى نص يؤيدهم فيما ذهبوا اليه هذا فى حين أن النصوص الشرعية كثيرة متضافرة وهى تدل دلالة قاطعة صريحة على صحة ما رأينا وذهبنا اليه . جاء فى ابن عابدين جزء ٢ ص ٦٩٩ ماياتى : ووجوب نفقة قرابة غير الأولاد لا تثبت الابالقضاء او الرضاء حتى لو ظفر أحد بجنس حقه قبل القضاء او الرضا فليس له الأخذ بخلاف الزوجة والولد والأبوين فان لهم الأخذ قبل ذلك » فهذا النص صريح فى أن نفقة قرابة غير الأولاد تجب بالرضاء وليس لذلك معنى الا أن التراضى عليها ملزم بها » وجاء بالجزء الثانى من التكملة ص ٢٠٠ ما يأتى « لو صالح رجل اخاه وهو صحيح بالغ على دارهم مسماه لنفقته وكسوته كل شهر لم يجز عليه »وواضح أن علة ذلك انه لم يتحقق فى هذا المثال ما هو من شروط وجوب فرض النفقة فى هذه الحالة وهو عجز المنفق عليه عن الكسب واجبر المصالح عليه - يضاف الى هذا أن القاعدة الفقهية تنص صراحة بصفة عامة شاملة على أن المفروض بالرضا كالمفروض بالقضاء .

٤٨/٨١٠ اسيوط (٤٨/٩/٢٨) م ش ٢٤٦/٢٤

□■□

(المبدا ٥٣) : صلة ذى الرحم بالمال لا يصح الرجوع فيها شرعا .

صلة ذى الرحم المحرم من النسب بالمال ولو غنيا لا يصح الرجوع فيها شرعا بعد القبض .

٣٤/٤٤٩ ملوى (٢٥/٥/١٤) ت س م ش ٢٧٢/٨/٧

□■□

(المبدا ٥٤) : لا نفقة لبنت الأخ على الأعمام مادام لها اخ .

لا تجب النفقة على الأعمام لبنتى أخيهما ما دام لهما اخ - لأنه يحجب العمان عن ارثهما .

٣٨/٢١٧٠ س ك مصر (٣٩/٩/١٤) م ش ٧١/٦/١١

□■□

(المبدا ٥٥) : تجب نفقة ابن الأخ على اعمامه وان كان له اختان لأنهما لا يحجبان العدان عن الارث .

تجب النفقة لابن الأخ على اعمامه ، وان كان له اختان ، لأنهما لا تحجبان العمان عن الارث معهما .

٣٨/٢١٧٠ س ك مصر (٣٩/٩/١٤) م ش ٧١/٦/١١

(المبدأ ٥٦) : لمن فرضت عليه نفقة قريبه الصغير بعد اقراره بفقر من فرضت له ان يطلب منع من امر بدفع النفقة اليها من المطالبة بها ليسار الصغير يسارا سابقا على الفرض ما دام قد اسند المنع الى تاريخ لاحق له .

وبما أن اعتراف المدعى بفقر الولد الذى بنى عليه حكم النفقة اولا يمنعه من طلب المدعى عليها من مطالبته بالمفروض استنادا الى اعترافها المذكور لأن المدعى اما ان يكون جاهلا أن للولد مالا ، وما أن يكون مقرا لعدم المال مع علمه به وفى الحالة الأولى لا يصح الأخذ باقراره وفى الحالة الثانية يكون بمثابة الزامه بما لا يلزم .

٣١/١٣٠٨ الخليفة (٣١/١١/١) ت س م ش ٣/٨٩٥

□■□

(المبدأ ٥٧) : المال المغصوب لا يمنع من فرض النفقة على من تجب عليه .

ينص الفقه بأن المال المغصوب لايمنع من فرض النفقة على من تجب عليه جاء بالجزء الثانى من ابن عابدين ص ٦٨٩ ما يأتى « لو كان للولد مال ولكنه غائب فنفقته على الأب الى ان يحضر ماله .

٥٣/١٥٤٦ س ك مصر (٥٣/٦/٢٢) م ش ٢٥/٦٨

□■□

(المبدأ ٥٨) : نفقة المحجور عليه فى ماله ليست من قبيل نفقة الأقارب وليست صلة فلا تحتاج لاذن بالاستدانة ولا تسقط بالموت ، ولمن له ولاية استيفائها ان يطلب متجمدها ممن امر بادائها اليه بعد موت المحجور عليه .

لا وجه لاعتبار نفقة المحجور عليها فى مالها صلة حتى تسقط بالموت لأن ذلك شأن النفقة الواجبة على الغير للمنفق عليه اما نفقة الشخص فى ماله فلا قائل بأن ذلك صلة لأن الصلة لا تكون من الشخص لنفسه فلا يسقط متجمدها بالموت وهى لذلك لا تحتاج الى الاذن بالاستدانة .

٣٤/٣١٨ س ك الزقازيق (٣٥/٤/٢٢٨) م ش ٦/٧٤٢

□■□

(المبدأ ٥٩) : اذا لم تستدن نفقة الأقارب بالفعل تسقط بمضى شهر فاكثر .

نفقات الأقارب المأذون باستدانتها والتى لم تستدن بالفعل تسقط بمضى شهر فأكثر .

٣٤/١٨٢ (٣٥/٥/١٩) م ش ٩/٧٤

(المبدأ ٦٠) : متجمد نفقة الأقارب تسقط بمضى شهر فأكثر اذا لم تستدن .

ان متجمد نفقة الأقارب يسقط بمضى شهر فأكثر ما لم يكن مستدانا باذن ممن يملكه (الاذن) .

٣١/١٨٢ السويس (٣٥/٥/١٩) م ش ٧٤٠/٥

□■□

(المبدأ ٦١) : نفقة الأقارب تسقط بمضى المدة .

نفقة الاقارب المحكوم بها يسقط ما تجمد منها بمضى المدة (وهى شهر فأكثر لأنها صلة محضة فلا تتأكد الا بالقبض أو ما يقوم مقامه وهو الاستدانة بامر القاضى) .

٣٨/٦٨٨ الضواحى (٢٩/٣/٥) م ش ٥٤/٣/١١

□■□

(المبدأ ٦٢) : يسقط متجمد نفقة الأقارب المفروضة للصغير(١) بوفاته وعدم الاذن بالاستدانة ، لأن استثناء بعض الفقهاء لنفقة الصغير من الحكم بسقوط نفقة الأقارب بمضى شهر قد اختير للفتوى رفقا بالصغير ، وكذا النص الوارد بالتتارخانية من عدم سقوط النفقة بمضى شهر ولو لم تستدن بالاذن اعتمادا على انه حق الحاضنة لا حق الصغير لأنه محمول على ما اذا انفقت الحاضنة بالأمر لترجع .

منصوص فى كتب النفقة ان دين نفقة الأقارب ، بعد فرضها ، يسقط بموت من فرضت عليه النفقة أو بموت من فرضت له صغيرا كان او كبيرا ، الا اذا كانت النفقة ماذونا باستدانتها ، واستدينت ، أو امرت حاضنة الصغير بالانفاق عليه من مالها لترجع بما انفقت ، ممن يملك الاذن والأمر ففى هاتين الحالتين لا يسقط هذا الدين بموت من فرضت له النفقة ، ولا بموت من فرضت عليه والنصوص هكذا شاملة عامة لم يستثن منها دين نفقة الصغير وانما استثنى دين نفقة الصغير من حكم آخر غير الحكم السابق وهو ما نص عليه جمهور الفقهاء من أن دين النفقة المفروضة للاقارب جميعا صغار كانوا أم كبار يسقط بمضى شهر الااذا اذن باستدانة تلك النفقة واستدينت ، فقد استثنى بعض الفقهاء من هذا الحكم النفقة المفروضة للصغير، وقالوا بعدم سقوطها بمضى شهر، ولو كانت مستدانة بالاذن،والقول بهذا الاستثناء على خلاف الراجح من مذهب ابى حنيفة لكنه اختير للفتوى وجرى عليه عمل القضاء رفقا بالصغير . وجاء فى أسباب هذا الحكم ما ياتى

---

(١) راجع المادة ١٨ مكررا ثانيا ق ١٩٢٩/٢٥ .

« ابتدات اسباب ذلك الحكم بذكر ما نص عليه جمهور الفقهاء من سقوط نفقة الأقارب بمضي شهر الا اذا اذن باستدانتها واستدينت فعلا لا فرق فى ذلك بين الصغير والكبير ، ثم بما نص عليه بعض الفقهاء من استثناء نفقة الصغير وانها لا تسقط بمضى شهر ، وهو القول الذى اختير للفتوى والذى عليه عمل القضاة ــ وبعد هذا تعرض الحكم لبيان علة هذا الرأى الأخير وهو كون نفقة الصغير لا تسقط بمضى شهر ولو لم تستدين بالاذن . ولبيان هذه العلة نقل عن التتارخانية نصا فى اوائل فصل نفقات ذوى الأرحام وهو ما يأتى « سئل ابو بكر عن صبى بين الأبوين فرض القاضى له نفقة على الأب فاجتمعت النفقة وكانت الأم تنفق من مالها (قال) لها أن تطلب مقدار ما انفقته بعد ما فرض القاضى فهى انما تطالب بمالها الذى انفقته لا بنفقة هى حق للصغير فهى تطالب بدين لها لا له » ، ثم أخذ من هذا النص أن العلة فى كون نفقة الصغير لا تسقط بمضى شهر ولو لم تستندان بالاذن ، هو أن دين نفقة فى المدة الماضية انما هو لحاضنته التى انفقت عليه فى تلك المدة لا للصغير ــ لأن الصغير قد اندفعت حاجته فى تلك المدة ــ وهذا الدين بالنسبة للحاضنة يصير دين قرض لا دين نفقة ، فلهذا لا يسقط بمضى المدة وأضاف الاستئناف ــ أن النص المنقول عن التتارخانية يتعين حمله على حالة ما اذا انفقت الأم من مالها بأمر القاضى لترجع بما أنفقته على والد الصغير ، لأن النصوص الشرعية التى نقلت اصل المذهب وهو مذهب الجمهور الذى يقول بسقوط نفقة الأقارب صغارا أو كبارا بمضى شهر ما لم تكن مستدانة بالاذن ــ نصت على أن حاضنة الصغير اذا أنفقت عليه من مالها بعد فرض نفقته بدون أمر ممن يملك ذلك لترجع بما انفقت تكون متبرعة بما انفقت ولا يثبت لها بانفاقها دين ترجع به ، والنصوص على هذا أكثر من ان تحصى فمنها ما جاء فى حاشية رد المحتار عقب النص المنقول ونصه ما يأتى فاذا كانت الأم موسرة تؤمر الادانة من مالها وان كانت معسرة تؤمر بالاستدانة ففى كل منهما اذا اكل الأولاد من مسألة الناس سقطت نفقتهم عن أبيهم لحصول الاستغناء فلا ترجع الأم بشىء فى الصورتين وأما اذا أمرت بالاستدانة ولم تستدن بل انفقت من مالها فلا رجوع لها أيضا بمنزلة ما اذا أكلوا من المسألة لأنها تفعل ما امرها به القاضى ، الى أن قال ويدل على أن انفاقها لا يقوم مقام الاستدانة ما صرح به فى البزازية بقوله ــ وان انفقت عليه من مالها أو من مسألة الناس لا ترجع على الأب وكذا نفقة المحارم أ. هـ. ثم قال ــ نعم لو أمرت بالانفاق وهى موسرة فاستدانت وأنفقت منه ترجع الخ ص ٩٤٤ . فمن هذا يتبين أنه بعد فرض النفقة للصغير اذا انفقت الحاضنة عليه من مالها ــ فعلى مذهب الجمهور لا ترجع بما انفقت ولا يثبت لها دين لأنها تعتبر متبرعة ما لم تؤمر بالانفاق لترجع ممن يملك هذا الأمر . وبناء على هذا فنص التتارخانية الذى صرح فيه بأن الأم بانفاقها من مالها يصير ذلك دينا لها ترجع به ، لا بد أن يكون هذا النص

محمولا على مذهب الجمهور فى حالة صدور امر للام بالانفاق لترجع بما انفقت ممن يملك هذا الأمر جمعا بين النصوص وحملا للمطلق على المقيد ولا يصح حمل هذا النص على انه وارد جريا على مذهب الأقلين الذين استثنوا نفقة الصغير من حكم السقوط بمضى شهر بعد فرضها لأن هؤلاء الأقلين يقولون ان نفقة الصغير بعد فرضها تصير دينا للصغير لا لحاضنته ونص التتارخانية جعل الدين للحاضنة ، وهذا لا يكون الا اذا امرت بالانفاق لترجع .

٤٢/٨٤٣ ك س اسيوط (٤٣/٤/١٦) م ش ١٣٧/١٤

□■□

نفقــة زوجيــة (١)

(المبدأ ١) : النفقة فى اصطلاح الفقهاء هى الطعام والكسوة والسكنى

أبان الفقهاء أن النفقة فى اصطلاحهم هى الطعام والكســوة والسكنى فاذا أطلق لفظ النفقة انتظم هذه الأمور الثلاثة شأن العــام يتناول جميع أفراد مفهومه دمفعة واحدة ، فقد جاء فى التنوير وشرحه من باب النفقة « وتجب النفقة بانواعها على الحر لطفله ، وعلق ابن عابدين على قوله بانواعها بقوله من الطعام والكسوة والسكنى ، ثم صار حقيقة عرفية فى لســانهم فى الطعام فيعطفون عليه الكســوة والســكنى والعطف يقتضى المغايرة ، ابن عابدين ــ ج ٢ باب النفقة ، وعلق صاحب البحر على قول صاحب الكنز ، تجب النفقة للزوجة على زوجها والكســوة بقدر حالهمــا (٢) الى أن قال

---

(١) أجمع ائمة الشريعة على أن نفقة الزوجة واجبة لهــا على زوجهــا فهى تستحقها جزاء احتباسه اياها لاستيفاء المعقود عليه عملا بذلك الأصل الكلى ، كل من كان محبوسا بحق مقصود لغــيره كانت نفقته عليــه « لأنه احتسبه لينتفع به فوجب عليه القيام بكفايته ، ومن ذلك المفتى والقاضى والوالى وسائر عمــال الدولة وكــذا الوصى ، وناظر الوقف ، ولا شك أن النســاء محبوسات أى مقصــورات على أزواجهن فــكل زوجة هى مملوكة المنافع التى أذن الله بها لزوجها ويلزم من هذا الا تترك الزوجة تذهب حيثما شاءت صيانة للنسل وتفرغا لما يجب للزوج على زوجته شرعا وفى هــذا ما يمنع الزوجة من الاكتساب والسعى فى طلب الرزق بدون رضــاء زوجهــا ، فمن أجل هذا وجبت نفقتها عليه سواء أكانت مسلمة أو غير فقيرة أو غنية قال الله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، وقال صلى الله عليه وسلم « اتقوا الله فى النسـاء فانكم أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم . وغير هذا من الأخبار الواردة فى ذلك وقد جرى على ذلك العمل وانعقد عليه الاجماع .

(راجع نظام النفقات فى الشريعة الاسلامية للاستاذ / أحمد ابراهيم ابراهيم) . وراجع المادة الاولى ق ٢٥ /١٩٢٠ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠

(٢) مادة ١٦ ق٢٥/١٩٢٩ تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على الا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها .

قال الكرخى « يعتبر حال الزوج » ــ وهو قول الشافعى لقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » .

والسكنى ، بقوله اى الطعام والشراب بقرينة عطف الكسوة والسكنى عليها كما علق على قوله والسكنى بقوله « معطوف على النفقة ، لأن السكنى من كفايتها كالنفقة ، البحر جـ ٤ باب النفقة ، كتب العلامة الميدانى على قول مختصر القدورى ، فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها ، أى العرفية وهى المأكول والمشروب شرحه باب النفقة وقد تداولته الألسن استعمالا فى ذلك لا بعدده وعليه عمل القضاء » .

١١٨/١٥ ك س المنيا (٥١/٦/٢٠) م ش ٤٨٣/٢٢

□■□

(المبدأ ٢) : اذا اطلق لفظ النفقة انتظم الطعام والكسوة والسكنى شان العام يتناول جميع افراد مفهومه دفعه واحدة فى حدود ما تواضع عليه العرف وحددته العادة وجرى به الاستعمال ، فلا تتناول الأجر ولابدل الفرش والغطاء .

اذا أطلق لفظ النفقة تناول هذه الأنواع الثلاثة لا غير ، فى حدود ما تواضع عليه العرف وحددته العادة وجرى به الاستعمال ومن هنا يتبين أن لفظ النفقة عند اطلاقه لا يشمل الفرش والغطاء ولابدلهما ولا اجر الحضانة ولا اجر الرضاع . وما يقال من أن هذه الأشياء من جملة نفقة الصغير ، فمحمول على انها واجبة على من وجبت عليه نفقة الصغير او فى المال الذى وجبت فيه النفقة ، اذ لو صدق لفظ النفقة على أجر الحضانة والرضاع لأخذ حكمها .

١١٨/٥١ ك س المنيا (٥١/٦/٢٠) م ش ٤٨٣/٢٢

□■□

(المبدأ ٣) : النفقة متى اطلقت تشمل الطعام والكسوة والسكنى .

النفقة شرعا متى أطلقت تشمل الطعام والكسوة والسكنى ، وهى فى القانون كذلك ما لم يرد تخصيص اعمالا لهما معا (١) .

٤٥/٦ الداخلة (٤٦/٥/٢٥) م ش ٢٦٥/١٨

□■□

(المبدأ ٤) : هل التراضى على النفقة ملزم لها كالقضاء ؟

النص صريح فى نفقة الزوجة على أنها تصير دينا بالتراضى كالقضاء ومع وضوح النص على ذلك فانك لا تراهم قد ذكروا عند هذا النص أو فى

---

(١) راجع المادة الاولى ق ١٩٢٠/٢٥ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

موضع اخر ما يفيد ان التراضي على نفقة الأقارب غير ملزم لمن تجب عليه النفقة ، بل ذكروا ما يفيد انها لا تصير دينا بمجرد التراضي او التقاضي بل لابد ايضا لذلك من الاذن بالاستدانة والاستدانة بالفعل ، ولا يخفى ما بين الأمرين من فرق ، كما أن ظاهر بعض عباراتهم في هذا الصدد التسوية بين القضاء والتراضي في نفقة الأقارب ايضا . والذى نراه متفقا مع نصوصهم ومتمشيا مع المبادىء العامة في هذا الموضوع ،التفرقة بين نفقة الأصول والفروع ، ونفقة غيرهم من ذوى الأرحام ، واعتبار التراضي على نفقات الأصول والفروع ملزما كالقضاء بها دون نفقات غيرهم من ذوى الأرحام - ودليل ذلك أنهم نصوا على ان نفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء بها وان القضاء بها في حقهم من باب الاعانة والفتوى وهو مظهر للحق لا مثبت له بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء فالقضاء فيها مثبت للحق لا مظهر له .

١٨٢/٣٤ السويس (٣٥/٥/١٩) م ش ٧٩٢/٩

□■□

(المبدا ٥) : هل الاذن ممن فرضت عليه النفقة لمن فرضت له باستدانتها معتبر كاذن القاضي .

المطلع على النصوص الفقهية يرى أن الفقهاء لم يذكروا في معظم هذه النصوص الاذن بالاستدانة الا عقبوه بقولهم من قاضي وهم في الوقت نفسه لم يذكروا لهذا التعقيب مفهوما ، ولم يبينوا أن الاذن من المفروضة عليه وانه لم يوضع للقيد والاحتراز عن اذن من تجب عليه النفقة ، وانما للاشارة الى أن الاذن يجب أن يكون ممن له الولاية وخرج هذا التعقيب مخرج العادة والغالب ، يحملنا على ذلك ما أسلفناه ما هو مقرر من أن الاذن بالاستدانة من قبل الولاية وان ولاية الشخص على نفسه اقوى من ولاية القاضي عليه ، ولا يشكل على ذلك ما اورده البعض من أن الاذن بالاستدانة توكيل في الاستقراض والتوكيل في الاستقراض لا يجوز ، لأنا نقول اولا ان الاستدانة ليست نصا في الاستقراض ولا قاصرة عليه ، بل هي كما تكون به تكون بالشراء نسيئة وثانيا أن الاذن بالاستدانة ممن تجب عليه النفقة ليس توكيلا وانما هو تفويض لأن المأذون له بها انما يعمل لنفسه ، والوكيل لا يعمل الا لغيره ، واذا تقرر هذا فقد تبين أن التراضي بين الخصمين على النفقة المقررة بينهما بالورقة العرفية والاذن من المدعى عليه صحيح وملزم.

١٨٢/٣٤ السويس (٣٥/٥/١٩) م ش ٧٢٩/٩

□■□

(المبدأ ٦) : علة وجوب نفقة الزوجة هو الاحتباس .

علة وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو الاحتبـاس ـ ولذلك وجبت نفقتهن على الأزواج سواء كن مسلمات او غير مسلمات فقيرات او غنيات .

٤٤/٨٨١ المنصورة (٤٥/٨/١٨) ت س م ش ١٦٤/١٧

□■□

(المبدأ ٧) : النساء محبوسات لأزواجهن صيانة للنسل عن الاشتباه

النساء محبوسات لأزواجهن صيانة للنسل عن الاشـتباه ـ اى أن رابطة الزوجية جعلت الزوجة تحت سلطان الزوج فيما يحفظ به عرضـه ونسبه وماله يسكنها حيث يسكن وينتقل بها حيث يطيب لهما الاقامة .

٤٤/٨٨١ المنصورة (٤٥/٨/١٨) ت س م ش ١٦٤/١٧

□■□

(المبدأ ٨) : يشترط فى الاحتباس الموجب للنفقة ان يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح .

يشترط فى الاحتباس حتى يكون موجبا للنفقة ، ان كون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ، وذلك المقصود هو الوقاع ، فالمملوك وهو وجوب النفقة به ، يدور مع العلة وهى الاحتباس بشرطه وجودا وعدما ، فاذا ما وجد الاحتباس المحقق للغرض المقصود من النكاح وجبت النفقة ـ واذا ما انعدم الاحتباس زال وجوبها .

٤٤/٨٨١ المنصورة (٤٥/٨/١٨) ت س م ش ١٦٠/١٧

□■□

(المبدأ ٩) : اذا تحقق الاحتباس وجبت النفقة .

اذا كان الزوج مريضا ، أو عنينا ، او مجنونا ، او صغيرا ، لا يقدر على مباشرة النساء فلزوجته النفقة عليه لأن التسليم والاحتباس قد تحقق من جهتها ، وانما العجز من جهته هو .

٤٤/٨٨١ المنصورة (٤٥/٨/١٧) ت س م ش ١٦٤/٧

(المبدا ١٠) : سبب وجوب نفقة الزوجة هو الحبس الواجب بالزواج (١) .

قال فقهاء الحنفية ان سبب وجوب نفقة الزوجة هو الحبس الواجب بالزواج ولذلك ترى العلماء يقولون النفقة شرعت جزاء الاحتباس فلا نفقة لناشر ولا لصغيرة لا يجامع مثلها ولا يستأنس بها ولالمريضة لايمكن ان تنتقل الى بيت زوجها ولو بمحفة اى نقالة ولا محبوسة فى دينها الى آخره لفوات الاحتباس مع قيام الزوجية . ولو كانت النفقة تجب بالعقد لما اثر ذلك فى وجوب النفقة ، وقال الشافعى ان النفقة تجب بالزواج وان شئت قلت بالقوامة لقوله تعالى (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم) ورد الحنفية على ذلك بان لا حجية فى الآية لأن فيها اثبات القوامة بسبب النفقة لا ايجاب النفقة وادلة الحنفية ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع .

١٢١٣/٤٥ المحلة الكبرى (٤٧/٢/٢) م ش ٤٤٠/٢٠

□■□

(المبدا ١١) : نفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى العقد من تاريخ امتناعه .

نص الفقهاء على أن نفقة الزوجة تجب لها على زوجها بمقتضى العقد من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليها وحكم القاضى بها عند ذلك انما هو تقدير لها من تاريخ ظهور مطل الزوج وعدم انفاقه على زوجته وتكون دينا فى

---

(١) الأصل فى نفقة الزوجة قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم بالمعروف » وقال الله تعالى وبما انفقوا من اموالهم ، وقال الله تعالى « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » معناه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم ـ وقال صلى الله عليه وسلم اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا يأذن فى بيوتكم لأحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف .

(راجع المبسوط جزء خامس ص ١٨) .

ذمته من تاريخ التسليم وترك الانفاق ولو قبل القضاء بها ولا يسقط دينها الا بالاداء « طبقا للمادة الاولى من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ التى نصها » تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء او تراضى منهما ـ ولا يسقط دينها الا بالأداء ، فانه بهذا النص اصبحت نفقةالزوجة التى سلمت نفسها ولم يقم بها مانع يحول دون استمتاع زوجها بها دينا صحيحا لا يسقط الا بالأداء او الابراء شأنه فى ذلك شأن جميع الديون الصحيحة (١) .

٤٤٥/٥٠ قويسنا (١٧/٦/٥٠) م ش ٥٤٦/٢١

□■□

(المبدأ ١٢) : اذا فات الغرض المقصود من الاحتباس فلا نفقة للزوجة

اذا كانت الزوجة صغيرة لا يستمتع بها (اى لا تطيق الوطء ولا تشتهى لدواعيه بأن كان سنها دون سبع سنوات أو اكثر من ذلك وهى ضعيفة البنية) فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى منها وهو الصغر فيفوت الغرض المقصود من الاحتباس .

٨٨١/٤٤ المنصور (١٨/٨/٤٥) م ش ١٦٤/١٧

□■□

(المبدأ ١٣) : زوال الاحتباس من جهة الزوج لا يسقط نفقة زوجته

اذا كان زوال الاحتباس من جهة الزوج لا يسقط نفقة زوجته عنه لاعتبار الاحتباس موجودا حكما واذا كان زواله لسبب ليس من جهته فان نفقتها تسقط عنه .

٨٨١/٤٤ المنصورة (١٨/٨/٤٥) ت س م ش ١٦٤/١٧

---

(١) راجع المادة الاولى ق ٢٥/١٩٢٠ معدلة بالقانون ١٠٠/١٩٨٥ .

□■□

(المبدأ ١٤) : لا تسقط نفقة الزوجة اذا فوت الزوج الاحتباس من جهته هو .

اذا كان الزوج محبوسا ولو بدين عليه لزوجته ولو كان غير قادر على ادائه فلا تسقط نفقتها عنه لأن الاحتباس الذى هو علة النفقة شرعا قد فات من جهته هو .

٤٤/٨٨١ المنصورة (٤٥/٨/١٨) ت س م ش ١٧/١٦٤

□■□

(المبدأ ١٥) : جنون الزوجة لا يمنع من وجوب النفقة لها متى كانت اهلا للاحتباس (الواجب للنفقة) ولو فى الجملة . سكوت الزوج مدة طويلة عن المطالبة بابطال نفقة زوجته المجنونة قرينة صلاحيتها للاحتباس . المفتى به ان الزوجة المريضة لها النفقة ما لم تمنع نفسها بغير حق ـ والجنون مرض من الأمراض وقد يكون اقل خطرا من كثير منها .

حيث ان وكيل المدعى اعترف بان القيم على الزوجة لا يمنع موكله من الدخول عليها . ولا من تسليمها له ، فتكون بذلك الزوجة المذكورة صالحة للقرار فى بيت الزوجية ، واهلا للاحتباس الموجب للنفقة ولو من بعض الوجوه ويؤيد هذا سكوت المدعى عن المطالبة بمنع النفقة تلك المدة الطويلة وقد ذكر فى التتارخانية (أن المجنونة لها النفقة اذ لم تمنع نفسها بغير حق) راجع الجزء الثانى من رد المحتار ص ٦٦٣ باب النفقة ـ وقد تبين مما تقدم ان ليس ثمة مانع من جهة الزوجة المذكورة ، على ان المفتى به أن الزوجة المريضة لها النفقة ما لم تمنع نفسها بغير حق وهذا يشمل ما لو كانت مريضة بمرض ينفر منه الطبع والجنون نوع من المرض وقد يكون اقل خطرا من كثير من الأمراض المنفرة .

٣٢/٨٥٠ ملوى (٢٣/٥/٩) م ش ٤/٨٠٨

□■□

(المبدأ ١٦) : شغل ذمة الزوج بدين ما لشخص لا يمنع من وجوب نفقة زوجته عليه ، كما ان فراغ ذمته من الدين لا يكون سببا فى وجوبها عليه ، اذ سبب وجوبها الاحتباس .

أن مجرد شغل ذمة الزوج بدين ما لشخص ما لا يمنع من وجوب نفقة زوجته عليه ، كما ان فراغ ذمته من الدين ليس سببا فى وجوبها عليه اذ السبب هو الاحتباس لا فراغ الذمة من عدمه فمجرد صدور حكم بنفقة زوجة على زوجها المدين لا يجعل دائن الزوج يتضرر بطريق مباشر من

صدور هذا الحكم فلا سبيل لدائن الزوج على حكم نفقة زوجة الزوج المدين بحال فلم يتمحض تعطيل حكم النفقة سببا فى وفاء دين الدائن كما لم يتمحض بقاء الحكم نافذا على الزوج سببا فى تعطيل سداد الدين لجواز أن تتسع ثروة الزوج لهما معا وحينئذ لا تتمحض الزوجة وحدها خصما فى الوفاء بالطريق المباشر .

٢٥/٨٧٢ شبراخيت (٣٢/٢/١٨) م ش ٥/٧٦٦

□■□

(المبدأ ١٧) : الطاعة حق الزوج والنفقة حق الزوجة وترك الزوج المطالبة بحقه لا يمنعها المطالبة بحقها .

قرر الفقهاء ان الطاعة حق الزوج ، والنفقة حق الزوجة ، وان ترك المطالبة بحقه لا يمنعها المطالبة بحقها ، وهذا الراى هو المتفق مع العرف والعادة فى أيامنا ، وعليه فلا تكون المرأة ناشزا الا اذا طلبها الزوج للانتقال الى بيته الشرعى فتمتنع ، وبعد وجود النزاع ، والتقاضى بين الزوجين، وحصول كل منهما على حكم ضد الآخر ، واجب التنفيذ جبرا أصبح طريق مطالبة كل منهما بحقه واضحا فكما انها شرعت تنفذ عليه حكم النفقة جبرا، كان عليه أن ينفذ عليها حكم الطاعة ، كذلك ان كان يريدها فى طاعته لكنه اتضح انه لا يريدها وانما يريد اسقاط نفقتها فقط ومتى كان لا يريدها فان ذلك لا يمنعها ان تاخذ نفقتها .

٣٤/٧٦٠ س ك مصر (٣٥/٥/٢٧) م ش ٨/١٨

□■□

(المبدأ ١٨) : النفقة انما تجب على الزوج لزوجته مقابل احتباسها احتباسا كاملا لمنفعته ، فاذا لم يتحقق المانع ليس من قبله سقطت عنه النفقة .

حيث ان وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو فى مقابل احتباسها احتباسا كاملا لمنفعته ، فاذا لم يتحقق هذا الاحتباس لمانع ليس من قبله ولا بسببه بل من قبل الزوجة نفسها سقطت عنه نفقتها شرعا ، ولا يجوز باى حال مطالبته بها فقد نص شرعا على أن الزوجة اذا مرضت عند الزوج وانتقلت الى دار ذويها ودعاها الى العودة الى منزله فلم تعد وكان نقلها ممكنا ولو بمحفة اعتبر ذلك نشوذا مسقطا لنفقتها .

٣٦/١٦٧ س ك مصر (٣٨/٥/٢٦) م ش ٥٣٣/٩

□■□

(المبدا ١٩) : نفقة الزوجة تجب بمجرد العقد على الزوج ما دامت فى طاعته ولم يقم دليل على قيامه بالانفاق .

نفقة الزوجة تجب بمجرد العقد على الزوج ما دامت فى طاعته ومادام لم يقم دليل على قيامه بالانفاق ـ فاذا ادعى الزوج حصول الطلاق قبل الدخول والخلوة وطلب الكف عن المطالبة بمفروض النفقة وطلبت الزوجة فرض نفقة عن مدة ماضية لحصول الخلوة ، كانت دعواها غير بعيدة عن دائرة الصدق بقرينة اقراره بعدم الدخول او الخلوة الذى يدل على عدم الانفاق ولا ينبغى معه تكليفها حصر أدلتها لوجوب افساح المجال امامها لاثبات دعواها بالطرق الشرعية .

٣٩/٩٧٠ س ك مصر (٤٠/٤/٧) م ش ١٠١/٨/١١

□■□

(المبدا ٢٠) : الحكم بنفقة الزوجة يستدعى ثبوت الزوجية .

حيث أن الحكم بالنفقة للمدعية يستدعى اولا ثبوث الزوجية اذ أن النفقة مترتبة عليها واثر من آثارها .

٣٢/٤٦٥ طنطا (٣٤/٢/١٢) م ش ٤٢٤/٦

□■□

(المبدا ٢١) : اذا وجبت على شخص نفقة غيره كان لهذا الشخص الانفاق عليه بنفسه تموينا .

اذا وجبت على شخص نفقة غيره يكون لهـذا الشخص حق الانفاق عليه بنفسه تموينا لأنه ارفق واعدل ولا يتدخل القضاء الا عند المطل .

٣٠/١٨٤٢ المحلة (٣١/١٠/٢٩) م ش ٥٥٤/٣

□■□

(المبدا ٢٢) : النفقة لا تجب مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد .

يقضى الفقه بأن النفقة لا تجب مع اختلاف الدين ، الا للزوجة والابوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد لأن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ـ ولأن نفقة غيرها من المذكورين بثبوت الجزئية ، وجزء المرء فى معنى نفسه ، فكما

لا يمنع نفقة نفســه للكفر لا يمنع نفقة جزئه المطلوب لهم النفقــة من أولاد الأولاد .

١٤٢٦٦/٥٠ س ك مصر (٤٢/٣/٢٣) م ش ٢٠١/١٤

□■□

(المبدأ ٢٣) : شرط فرض نفقة الزوجة على زوجها ظهور مطله وعدم انفاقه عليها ـ فاذا ثبت للقاضى قيامه بالانفاق عليها فلا يفرض عليه نفقتها ولا يأمره القاضى بأدائها اليها وكذا كفيله فى هذه الحال .

المنصوص عليه فى البحر عن الخلاصة والذخيرة أن الزوج هو الذى يلى الاتفاق على زوجته ، الا اذا ظهر عند القاضى مطله ، فحينئذ يفرض النفقة ويامره ليعطيها لتنفق على نفسها .. فهـذا النص قاطع فى أن شرط فرض النفقة على الزوج ، ظهور سطله وعدم انفاقه ، فاذا ثبت للقاضى قيام الزوج بالانفاق على زوجته فلا يفرض عليه نفقتها وبالتالى فلا يامره بادائها اليها ــ وكذا كفيله فى هذه الحالة فلا يامر بالأداء من باب أولى .

٤٢/٤٦٢ منوف (٤٤/١/١٢) م ش ١٧٥/١٩

□■□

(المبدأ ٢٤) شرط القضاء بالنفقة ظهور المطل ولا يكفى مجرد الشكلية

شرط القضاء بالنفقة ظهور المطل ، ولا يكتفى بمجرد الشكاية كس٨٨٩، ٩٠٠ جزء ٢ ابن عابدين ــ فاذا لم يظهر مطــل الزوج لا يقضى عليه بالنفقــة اذا اثبت بالبينــة أنه قائم بالانفاق على زوجتــه نفقة مثله ، وهى الواجب مراعاتها طبقا للقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

٢٤/٧٤٠ س ك مصر (٢٥/٧/٨) م ش ٤٥٤/٢

□■□

(المبدأ ٢٥) نفقة الزوجة على زوجها لا يشاركه فيها احد ، فلا تجب نفقة زوجة الأب المعسر على الابن ابتداءا .

المنصوص عليه شرعا اختلاف الفقهاء فى وجوب نفقة زوجة الأب على الابن ووجوب نفقة زوجة الابن على الأب ، فأوجبها بعضهم مطلقــا ، وهى رواية عن ابى يوسف ، وبعضهم على انه لا تجب نفقة زوجة الأب على الابن الا اذا كان بالأب علة كزمانه ونحوها ، فحينئذ تجب نفقة زوجة الأب على الابن ولا تجب نفقة زوجة الابن على الأب ، فيجبر الابن على نفقــة زوجة

ابيــه ، ولا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنــه ، روى هذا فى الأنقروية وفى النقاية وفى نفقات البزازية وقنية الزاهدى فى أول نفقات الأقارب وفى لسان الحكام لابن الشحنة وواقعات المفتين لقدرى أفندى وغيرها ، أن هذا ليس نص المذهب اللهم الا اذا كان الوجوب هنــا وجوب الادانة ليرجع بهــا على الزوج اذا أيسر كما لا يظهر فرق بين نفقة زوجة الأب ونفقة الابن كما هو صريح عباراتهم فى تعبيراتهم فى كتب المذهب لأن نص المذهب عــدم وجوب نفقة زوجة الأب على الابن ونفقــة الابن على الأب (لأن نفقــة الزوجة على زوجهــا لا يشاركه فيها أحــد) ـ فاذا لم يكن بالزوج علة واعسر بنفقــة زوجتــه ولها منــه أو من غيره أولاد موسرون فانه فى حالة انهــم من غيره لا يجبرون على نفقتها وان كانوا منه فلا تجب كذلك عليها ابتداء لما ذكر من المنصوص فى عبارات صاحب البحر والخير والرملى .

٣٩/٥٠ أسيوط (٢٤/٤/٤٠) م ش ١٦//٤٦١

□■□

(المبدأ ٢٦) : يشترط اليسار لوجوب النفقة على الغير الا نفقــة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه .

اشترط الفقهاء لوجوب النفقــة على الغير اليسار ولكنهم استثنوا من ذلك حالتين تجب النفقة فيهما مع الفقر : (١) نفقة الزوجة على زوجها (٢) نفقة الصغير على أبيه ، كما نصوا على القاعدتين الاتيتين : (١) نفقة الزوجة على زوجها لا يشاركه فيها أحد (٢) نفقة الصغير على أبيه لا يشاركه فيهــا أحد .

١٣٧٠/٥٠ الزقازيق (١٨/٩/٥٠) م ش ٢٢/٤٩٧

□■□

(المبدأ ٢٧) : تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا طبقا للمادة ١٦ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ والمذكــرة التفســيرية الخاصة بهذه المادة .

نصت المادة ١٦ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ على أن تقدر نفقة الزوجة على زوجهــا بحسب حال الزوج يسرا وعسرا (١) وجاء فى المذكرة التفسـيرية خاصا بهذه المادة ان مذهب الشافعى ورأيا صحيحا فى مذهب أبى حنيفــة أنه لا تقدر نفقة الزوجة الا باعتبار حال الزوج الى قوله تعــالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا

---

(١) راجع المادة ١٦ق ١٩٢٩/٢٥ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا . وذلك فضلا عن ان الكفاءة المترتبة على معيشة الابن مع ابيه مقصورة على المهر دون النفقة فيحكم على الكبير الذى يعيش مع والده بما يناسب حاله من نفقة زوجية بدون نظر الى غنى ابيه لأن الزوج الفقير لا يعتبر غنيا بغنى ابيه الذى يقيم معه فقد جاء فى شرح الدر فى باب الكفاءة ان الصبى كفء للغنية بغنى ابيه وامه او جده بالنسبة للمهر دون النفقة اذ جرت العادة أن الآباء يتحملون عن الأبناء المهر لا النفقة وما استظهر ابن عابدين من انه لو كانت العادة جارية بأن يتحمل الأب النفقة عن ابنه الصغير والكبير يكون كفئا وان المتبادر من كلام الهداية وغيرها يؤيد ذلك ـ فقد علق عليه العلامة الرافعي فى الجزء الأول من تقريره بأنه غير مسلم وليس فى الهداية ما يؤيده ، ولو أن الزوج الفقير يعتبر موسرا بيسار أبيه لما حكم بتطليق زوجة الفقير المعسر بالنفقة اذا كان والده غنيا ولما حكم بحبس الفقير نظير النفقة لغنى والده ولكن الفقه يأبى ذلك كما يأباه القانون .

٢٠٠/٤٧ الخليفة (٢٨/١/٤٨) ت س   م ش ٢٠/٩٤

□■□

(المبدأ ٢٨) : يعتبر الزوج الذى يعيش مع والده فى حجره موسرا بيساره .

جرى العرف والعادة على اعتبار الشخص موسرا بيسار ابيه ـ المنصوص عليه شرعا أن الشخص يعتبر غنيا بغنى ابيه أو امه أو جده ، فقال صاحب التنوير (وكذا الصبى كفؤ بغنى ابيه) زاد الشارح أو امه او جده نهر المحيط بالنسبة الى المهر لا الى النفقة . وقال الشارح لأن العادة ان الآباء يتحملون عن الأبناء المهر لا النفقة ذخيرة ـ قال ابن عابدين فى حاشية رد المحتار على الدر المختار (قوله لأن العادة .. الخ) مقتضاه انه لو جرت العادة بتحملا لنفقة ايضا عن الابن الصغير كما فى زماننا انه يكون كفؤا بل فى زماننا يتحملها عن ابنه الكبير الذى فى حجره ، والظاهر انه يكون كفؤا بذلك ، لأن المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب أو غيره ، ويؤيده ان المتبادر من كلام الهداية وغيرها ان الكلام فى مطلق الزوج صغيرا او كبيرا فانه قال وعن ابن يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجرى المساهمة فى المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه ا. هـ. نعم زاد فى البدائع ان ظاهر الرواية عدم الفرق بين النفقة والمهر ، ولكن ما مشى عليه المصنف نقل فى البحر تصحيحه عن المجتبى ومقتضى تخصيصه بالصبى ان الكبير ليس كذلك ووجهه ان الصغير غنى بغنى ابيه فى باب الزكاة بخلاف الكبير ، لكن اذا كان المناط جريان العادة بتحمل الأب

لا يظهر الفرق بينهما ولا بين المهر والنفقة فيهما حيث تعورف ذلك (راجع ابن عابدين ص ٣٣٢ جزء ٢ فى باب الكفاء) .

١٤٢/ ٤٣ ادفو (٢٨/ ٢/ ٤٤) م ش ٦١/ ٩/ ٢٤٠

□■□

(المبدا ٢٩) : اعتبار الزوج موسرا بيسار ابيه أو أمه او جده لا يتعارض مع المادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١)

اعتبار الزوج موسرا بيسار أبيه أو أمه أو جده لا يتعارض مع ما جاء بالمادة ١٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ التى قضت بأن نفقة الزوجة تقدر على زوجها بحسب حاله فقط يسارا أو اعسارا مهما كانت حالة الزوجة لا حالهما معا وذلك لأن المقصود بالمادة هو عدم مراعاة حالة الزوجة يسارا أو اعسارا مع حالة الزوج عند تقدير نفقتها عليه ، كما هو الرأى الراجح فى مذهب الحنفية واختيار الخصاف وهو الذى كان العمل جاريا فى المحاكم عليه قبل القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ فعدل عن هذا الراى وأخذ برأى صحيح فى مذهب الحنفية وهو اختيار الكرخى وبمذهب الامام الشافعى رضى الله عنه . وعلل ذلك فى المذكرة الايضاحية بأنه لا يجب أن تأخذ الزوجة من زوجها اكثر مما يقدر عليه لأنها تعاقدت معه على أن ينفق عليها مما يستطيع حسب اختلاف الأزمان والأحوال كما أنه لا يتعارض أيضا مع ما جاء بالمادة الرابعة والخامسة من ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ من أن الزوج الممتنع عن الانفاق تطلق عليه زوجته بعد الاجراءات المبينة بهاتين المادتين لأن المقصود بتشريعهما اباحة التطليق للعجز عن النفقة ولم يتعرض لنفس ما هو مقرر شرعا من اعتبار الزوج موسرا بيسار أبيه .

١٤٢/ ٣٤ ادفو (٢٨/ ٢/ ٤٤) م ش ١٦/ ٩/ ٢٤٠

□■□

(المبدا ٣٠) : مجرد عجز الزوج والأب عن النفقة لا يسقطها . .

مجرد عجز الزوج والأب عن النفقة لا يسقطها اذا كان سببه عدم الاهتداء الى طريق الكسب ، بل تفرض عليه النفقة ويؤمر الغير الذى يتحقق فيه شرطها بالأداء ليرجع على الزوج والأب اذا ايسر . أما اذا كان عدم الكسب مرجعه الزمانة ، بأن كان به عاهة تمنعه عن العمل كالشلل وقطع اليدين أو الرجلين فيكون فى حكم الميت وتسقط عنه النفقة فى هذه الحالة وتجب على من تجب عليه النفقة فى حالة عدم وجوده .

١٣٧٠/ ٥٠ الزقازيق (١٨/ ٩/ ٥٠) م ش ٢٢/ ٤٩٧

---

(١) راجع المادة ١٦ ق ٢٥/ ١٩٢٩ معدلة بالقانون ١٠٠/ ١٩٨٥ .

(المبدأ ٣١) : يعتبر الزوج قادرا على نفقة زوجته واولاده بيسار وقدرة ابيه اذا كان مقيما معه فى معيشة واحدة وجرت بذلك العادة .

وحيث ان الطلاق بالتاريخ المذكور دليل على امتناعه من الانفاق عليها من ذلك التاريخ حيث لا يعقل انفكاك العصمة وقيامه بالانفاق عليها وحيث أن الزوج يعتبر قادرا على نفقة زوجته وأولاده بيسار وقدرة ابيه اذا كان مقيما معه فى معيشة واحدة وجرت بذلك العادة كما حققه ابن عابدين فى الجزء الثانى من رد المحتار .

٣٠/٩١٢ بورسعيد (٣١/٦/٢٩) ت س م ش ٢٧٣/٣

□■□

(المبدأ ٣٢) : متى كان الولد يعيش مع ابيه اعتبر موسرا بيساره فى حق النفقة جريا على العرف المصرى .

العرف المصرى والنظر الفقهى ان الولد يعتبر موسرا بيسار ابيه متى كان فى عائلته ، كما يعتبر فقيرا بفقره يعتبر هذا بفقر ابيه ويعتبر ذاك بثرائه وغناه ، ولاحظ الفقه هذا المعنى وحكموا عادة كل بلد وعرفه فجعلوا الولد اذا كان من ابناء البيوتات فى مكان حصين واعتبروه غنيا بغنيا وكفؤا للغنية بغنى ابيه أو امه أو جده وحملوا اياه مهر زوجته ونفقتها بحسب حال هذا الأب متى كان هذا الابن فى عيشته وضمن افراد أسرته وجرت العادة فى بلده بأن يتحمل الآباء عن الأبناء النفقة كما يتحملون عنهم المهر ــ ولم يفرقوا بين الولد الصغير والكبير مادام ضمن عائلته وفى حجره .

٤٠/٧٢٥ اسيوط (٤١/٨/٩) ت س م ش ٧٤/٤/١٣

□■□

(المبدأ ٣٣) : عدم الزفاف دليل عدم الانفاق .

عدم الزفاف دليل عدم الانفاق عرفا .

٣٠/١٥٠٠ طنطا (٣٠/٧/١٢) ت س م ش ٢٧٧/١٢

□■□

(المبدأ ٣٤) : من ادلة استحقاق النفقة .

اقرار الزوج بالمعاشرة مع عدم الاعتراف بالزوجية من تاريخ سابق على المدة المطلوب النفقة عنها واعلانه الزوجة بما يفيد الطلاق من تاريخ متأخر على تاريخ المدة المطلوب الحكم بالنفقة عنها دليل على استحقاق النفقة .

٣٣/٦٧٤ ك س مصر (٣٤/١٣/١٢) م ش ٧٤٧/٥

□■□

(المبدأ ٣٥) : من القرائن القاطعة على عدم الانفاق .

اذا طلبت المدعية النفقة عن مدة سابقة فدفع المدعى عليه الدعوى بقيامه بالانفاق عليها فى بعض هذه المدة الى تاريخ عينة وبنشوزها من ذلك التاريخ ، فان اقتصاره فى الدفع بالانفاق على هذه المدة المعينة ودفعه بالنشوز فى نهايتها قرينة قاطعة على عدم الانفاق فى المدة من التاريخ المسند الى النشوز المدفوع به .

٢١/٥٤ سنورس (٢٢/١/٢٧) م ش ٣٦٠/٥

□■□

(المبدأ ٣٦) : لو فرضت النفقة لمستحقها ثم قال لا يكفينى سمعت دعــواه .

ان المنصــوص عليــه شرعا أن النفقــة لو فرضت صــلحا او بعــد الاستفسارات ثم قالت لا يكفنى زيدت متى راى القاضى صحة قولها .

٣٦/٥٩٠ أسوان (٣٧/٨/٢٠) م ش ٢٢٢/٧/٨

□■□

(المبدأ ٣٧) : طلب زيادة النفقة لا يجوز اسناده الى تاريخ حصــول اليسار .

عند طلب زيادة النفقة لايجــوز اســناد الطلب الى تاريخ حصــول اليسـار الذى أوجب زيادتها ـ مادامت هــذه الزيادة لم تطلب عنــد تحقق سببها فورا ـ وتستحق الزيادة من يوم الطلب فقط .

٤٠/٣٢٩ س ك مصر (٤١/٣/٣) م ش ٨٥/٨/١٢

□■□

(المبدأ ٣٨) : لا تزاد نفقــة الزوجة اذا طرا ما يوجب زيادتها الا من وقت الطلب والمخاصمة .

ان المنصوص عليه فى الفقه أن نفقة الزوجة لاتزاد الا من وقت الطلب والمخاصمة ولو بعد عرض الأسباب التى توجب الزيادة من يســار وخلافه والمخــاصمة لا تتحقق الا من تاريخ الاعلان بالدعوى ، قال صــاحب تنوير الأبصار وشارح الدر المختار وابن عابدين فى حاشيته رد المحتــار (قضى بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم القــاضى نفقه يســاره فى المستقبل) وقال ابن عابدين فى حاشيته (قوله فخاصمته) أى لا تقدر بدون طلبهــا

وقال (قوله فى المستقبل) أما الماضى قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض اليسار أ. هـ. ومن هذا يتضح ان نفقة الزوجة اذا طرأ بعد تقديرها بالنقود ما يوجب زيادة القدر من يسار وخلافه لاتزاد الا من تاريخ المخاصمة والطلب وهذا يتفق تماما مع ما جاء بالمادة الأولى ق ٢٥ سنة ١٩٢٠ حيث تقضت باعتبار نفقة الزوجة دينا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه ومعلوم أن الامتناع لا يكون الا بعد الطلب وهذا هو ما قضى به الحنفية (يراجع ابن عابدين ص ٦٦٩ ـ ٦٧٥ جزء ثان) .

١٠٢٧/٤٣ ادفو (٤٤/١٠/٢٨) م ش ٧٤/٣/١٦

□■□

(المبدأ ٣٩) : زيادة نفقة الزوجة لا تكون الا من تاريخ الحكم بها بعد ثبوت استحقاقها امام القضاء ، فلا يجوز الحكم بها من تاريخ سابق عليه .

المنصوص عليه شرعا ان زيادة نفقة الزوجة لا تفرض الا من تاريخ الحكم بها بعد ثبوت استحقاقها أمام القضاء ، فقد نص فى شرح الدر المختار فى باب النفقة على ما يأتى قضى بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم القاضى نفقة يساره فى المستقبل « قال العلامة ابن عابدين فى حاشية رد المحتار فى الجزء الثالث عند قوله فى المستقبل » أما الماضى قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض اليسار أ. هـ. « ولاشك ان الرضا الذى علل الفقهاء عدم استحقاق الزيادة من أجله فى المدة السابقة على التقاضى متوفرة حتى مع قيام المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على فرض ان الزيادة فى الزمن الماضى من مشتملات تلك المادة .

٥١١/٤٠ ك س بنى سويف (٤١/١٠/٢٨) م ش ٢٥٩/١٥

□■□

(المبدأ ٤٠) : لا يصلح تزوج من فرضت عليه النفقة سببا لتخفيضها

بما أن المفروض هو نفقة الكفاية ، وبما أن تزوج المدعى بأخرى لا يصلح سببا لتخفيض نفقة الكفاية .

١٩٨/٣٠ مغاغة (٢١/٤/٢٥) م ش ٨٩٠/٣

□■□

(المبدأ ٤١) : سوء الحالة الاقتصادية العام وانخفاض اسعار الحاجيات يوجبان تخفيض نفقة الزوجة وان كان لا يوجب تخفيض نفقة الصغار لكبرهم عن وقت الفرض .

وحيث ان الحكم صحيح بالنسبة لتخفيض الفروض المستأنفة فى ذاته نظرا لسوء الحالة الاقتصادية العام ولانخفاض أسعار الحاجيات لا لتغير حال المحكوم عليه الى عسر عن وقت الفرض لأن ذلك لم يشهد به شهود التخفيض ، وبما أنه بالنسبة للحكم بتخفيض نفقة الولدين فان أسعار الحاجيات وان انخفضت الآن عن وقت الفرض الا أنه قد مضى على الفرض نحو سنة ونصف وزاد سن الولدين بمقدار هذه المدة زيادة تستدعى زيادة حاجاتهما وتجعل ما فرض لهما غير قابل للتخفيض .

٣١/٧٦٧ س ك مصر (٣٢/٣/٩) س ٤/٢٠٧

□■□

(المبدأ ٤٢) : تجب الادانة على الابن الذى أعسر أبوه بنفقة زوجته فان أبى ان يدفع اليها النفقة فرضها عليه القاضى ابتداء ويكون الأب المعسر فى هذه الحالة بمنزلة الميت .

اذا لم يكن بالزوج علة وأعسر بنفقة زوجته ولها منه أولاد موسرون فلا تجب نفقتها عليهم ابتداء ــ ولكن تجب عليهم الادانة فتؤمر بالاستقراض منهم ليرجعوا بها على الزوج اذا أيسر ، فالوجوب على الابن حينئذ بمعنى انه يؤمر بالأداء للزوجة التى هى أمه ليرجع بها على أبيه عند يساره ، على أن هذا القدر من الوجوب يستوى فيه الابن من الزوج أو من غيره لاطلاق النصوص فقد جاء فى البحر (وانما تجب نفقة الأم على الابن اذا لم تكن متزوجة لأنها على الزوج كبنته المراهقة اذا زوجها صارت نفقتها على زوجها ، ثم يرجع عليه اذا أيسر وصرح به فى الذخيرة ايضا وان أبى الابن أن يقرضها النفقة فرض لها عليه النفقة وتؤخذ منه حينئذ وتدفع اليها لأن الزوج المعسر بمنزلة الميت أ. هـ) .

٣٩/٥٠٢ اسيوط (٤٠/٤/٢٤) م ش ١٦/١/١٠

□■□

(المبدأ ٤٣) : تفرض النفقة على الزوج فى كل وقت بحسبه ، فاذا كان معسرا فى وقت تفرض عليه نفقة المعسرين ، واذا كان موسرا فى وقت تفرض عليه نفقة الموسرين .

وحيث ان نفقة الزوجة تجب على الزوج بحسب حاله اعسارا أو يسارا طبقا للمادة ١٦ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وقد تبين أن المدعى عليه كان تلميذا لا كسب ولا ملك له ولم يبدأ عمله فى الحياة الى تاريخ (كذا)

فلا يصح أن يكون ما يفرض عليه بعد يساره يصح فرضه عليه فى حالة اعساره لاختلاف حالتيه .

٣١/٢٢٤ فارسكور (٢٤/٥/١٢) م ش ٩٨٣/٦

□■□

(المبدا ٤٤) : لا يصح الأمر بتهيئة مسكن مع كون المطلوب بالدعوى هو اجرة مسكن .

وحيث انه بالنسبة لرفض تقرير اجرة مسكن وامر المدعى عليه بتهيئة مسكن بالحكم به مما يجوز استئنافه لأن مجموع ما طلبته المدعية يزيد عن النصاب القانونى ، وهو غير صحيح لأنها طلبت اجرة مسكن فالحكم برفض تقرير أجرة المسكن وامره بتهيئة مسكن لها غير مقبول شرعا ويتعين الغاؤه وتقرير أجرة المسكن .

٣١/١١٤ ك س مصر (٣١/١٢/١٠) م ش ٦٤٤/٣

□■□

(المبدا ٤٥): لا يصح الحكم بامر المدعى عليه بتهيئة مسكن لزوجته مع طلبها تقدير اجرته .

حيث أنه بالنسبة للامر بتهيئة مسكن شرعى له افالحكم غير صحيح لأن المدعية طلبت تقرير أجرة مسكن فيجب الغاؤها .

٣١/١٣٦ ك س مصر (٣١/١/٤) م ش ٧٥٢/٣

□■□

(المبدا ٤٦) : سكن الزوجة من مشتملات النفقة .

سكنى الزوجة من مشتملات النفقة كما ورد فى المادة (١٦) من للقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وتكون حسب حال الزوج يسارا واعسارا وعرفا وعادة كما تقتضيه هذه المادة .

٤٥/٦ الداخلة (٤٦/٥/٢٥) م ش ٣٦٥/١٨

□■□

(المبدا ٤٧) : وجود مسكن للزوجة تملكه لا يمنع من فرض اجرة مسكن لها .

وحيث انه ــ من اعتراف وكيلها بانها تملك جزءا من المنزل ــ

فسكناها فى ملكها لا يمنعها من طلب اجرة مسكن لأن سكناها واجب عليه شرعا ولو كانت غنية تملك مسكنا اذ السكنى من النفقة .

٣٦/١١١ س ك أسيوط (٣٧/٤/٧) م ش ٢٠٨/٥/٨

□■□

(المبدا ٤٨) : اسكان الزوجة المصابة بشتى الأمراض بمنزل لائق بصحتها مانع م ن الحكم لها بالنفقة على الزوج .

سبق الحكم باسكان الوجة المعتوهة والمصابة بشتى الأمراض بمنزل لائق بصحتها تحت اشراف ابنتها القيمة عليها مانع من الحكم لها بالنفقة على الزوج حيث قد حرم حق احتباسها فى منزله خصوصا اذا دعاها للعودة الى منزله فامتنعت وكان نقلها اليه ممكننا .

٣٦/١٦٩٧س ك مصر (٣٨/٥/٢٦) م ش ٥٣٣/٩

□■□

(المبدا ٤٩) : النص على عدم الزام الزوج بدواء زوجته مطلق لايجوز معه الحكم على الزوج بمصاريف الولادة على انها من قبيل المحافظة على اله غير

المنصوص عليه على أن الزوج غير ملزم بالدواء لزوجته ، فقد ذكر ابن عابدين عند قوله (كما لا يلزم بمداواتها ما نصه . اى اتيانه بدواء المرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة (هذه عند السراج) ، ولا يقال أن ذلك من قبيل المحافظة على الصغير فيلزم به أبوه لأن النص فى عدم وجوب الدواء على الزوج مطلق غير مقيد بقيد (١) .

٤٣/١٣٥٢ امبابة (٤٤/٥/٧) ت س م ش ١٥١/١٧

□■□

(المبدا ٥٠) : ما تطلبه النفساء (٢) مقابل ما صرفته على نفسها من دهن وسكر ولحوم وغير ذلك من قبيل المداواة التى لا يلزم بها الزوج لأنها تدفع الأعراض الناشئة عن الولادة من الضعف والهزال والأوساخ وما الى ذلك مما له تاثير على صحة الوالدة .

ما تصرفه النفساء على نفسها فى دهن وسكر وغير ذلك ــ فاما ان

---

(١) راجع المادة ١ ق ١٩٢٠/٢٥ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

(٢) النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة ــ لأنه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم ، أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم .

الدم الذى تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة ــ وان كان ممتدا اقل النفاس لاحد له . واكثره أربعون يوما والزائد عليه استحاضه (راجع الهداية جـ ٢ ص ٣٣) .

تعتبره من قبيل المؤونة الواجبة للزوجة على زوجها او من قبيل دفع الاعراض الناشئة عن الولادة من الضعف والهزال والأوساخ و ماالى ذلك مما له تاثير على صحة الوالدة . وترى المحكمة انه لا فرق بين حاجة الوالدة الى ما ذكر وبين حاجة المريضة الى الدواء اذا لاشك فى ان اعراض الولادة هى امراض ناشئة عنها فيحتاج الجسم لاستعادة صحته الى الدواء ـ وقد نص فى المذهب على أن الزوج لا يلزم بالدواء للزوجة فضلا عن المطلقة منقضية العدة) فقد جاء فى الفتاوى الهندية ما نصه (ولا يجب الدواء للمرضى ولا اجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة كذا فى السراج الوهاج) وذكر ابن عابدين عند قوله كما لا يلزم بمداواتها ما نصه (اى اتيانه لها بدواء المرض ولا اجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة هذه عن السراج (والظاهر ان منها ما تستعمله النفساء مما يزيل الكلف ونحوه من المداواة التى لا يلزم بها الزوج (1) .

٤٠/٤٣٥ اسنا (٤١/٢/٢٥) م ش ٨٤/٩/١٢

□■□

(المبدا ٥١) : اجرة القابلة على من استاجرها من زوج وزوجة ، ولو جاءت بلا استئجار فلقائل ان يقول عليه لأنها مؤونة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب .

جاء فى الفتاوى الهندية نقلا عن الذخيرة وفى فتح القدير ان اجرة القابلة على من استاجرها من زوجة وزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل ان يقول عليه لأنها مؤونة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب ـ وذكر فى الدر المختار انها على من استئجرها من زوجة وزوج وان جاءت بلا استئجار قيل عليه وقيل عليها ، وذكر ابن عابدين تعليقا على الوجه الثانى وهو ما اذا جاءت بلا استئجار ما ياتى (ومقتضاه انه قياس ذو وجهين لم يجزم احد من المشايخ باحدهما خلاف ما يفهمه كلام الشارح ويظهر لى ترجيح الأول لأن نفع القابلة معظمه يعود الى الولد فيكون على ابيه تأمل ومن هذا يتضح ان وجوب أجرة القابلة على من استاجرها محل اتفاق بين الجميع

٤٠/٤٣٥ اسنا (٤١/٢/٢٥) م ش ٨٤/٩/١٢

□■□

---

(1) لقد احسن المشرع صنعا اذ نص فى المادة الاولى ق ١٩٢٠/٢٥ معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ على أن النفقة تشمل مصاريف العلاج ، فقضى بذلك على كل خلاف فى المذهب حول الزام الزوج بمصاريف العلاج والدواء.

(المبدأ ٥٢) : دعوى سقوط متجمد النفقة للصلح على الأكل تموينا مناقضة شرعا وعرفا لدعوى سقوطه بسبب الايفاء فلا تسمع الثانية .

وحيث ان المدعى صرح فى دعواه هذه تارة بأن المدعى عليها اصطلحت معه على الأكل تموينا وانه رفع الدعوى الأولى بمنعها من المطالبة بهذا المبلغ لذلك ثم اصر عليه وتارة اخرى بانها تسلمت هذا المبلغ وقد قال وكيله أن المبلغ فى الدعويين واحد وطلب اسقاطه لتسلمها له وذلك تناقض منه لا يصدق فيه عادة فان الصلح على الأكل تموينا مبطل للفرض فلا يصدق بعد ذلك عادة فى انه اعطاها المبلغ المذكور ايفاء لدين عليه كما لا يصدق فى ذلك شرعا . وحيث ان ما صرح به وكيله اخيرا من تمسكه باقرار وكيلها بتسليمه المبلغ المذكور يؤول والحال هذه الى ان الاقرار سبب فى براءته من هذا المبلغ والاقرار شرعا مظهر لحقيقة ثابتة وليس مثبتا لها فلا يصح أن يكون سببا فى سقوط هذا المبلغ وقد نص شرعا على انه اذا ادعى مالا بسبب أن المدعى عليه أقر له به لم تصح دعواه حيث اضاف الاستحقاق الى مالا يصح سببا له كما لو أن دعواه الصلح على الأكل تموينا مانع من استيفاء هذا المبلغ على انه دين لها شرعا وعادة فلم يوجد سبب يصح الاستناد اليه فى دعوى سقوط المبلغ ولا حق له والحالة هذه فيما طلبه .

٣١/٣٩١ سنورس (٣٢/١/٢٠) ت س م ش ٥٦٨/٣

□■□

(المبدأ ٥٣) : الزوجة ادعاء استحقاقها للنفقة بطريق الدفع لدعوى الزوج براءة ذمته منها كما لها ان ترفع الدعوى باستحقاقها لها استقلالا .

الحكم بالمنع من المطالبة بالمفروض للنشوز ليس هو الحكم الذى طلبه المستانف عليه ببراءة الذمة من مبلغ معين فى مدة معينة لأن هذا المنع ليس مطلقا ، بل هو مقيد كما هو الحكم الشرعى بدوام النشوز الثابت وقت الحكم حتى اذا انقطع النشوز بعده لسبب شرعى زال المنع ، فالمنع والنشوز مرتبطان وكلاهما على خطر الزوال — واما براءة الذمة المدعاة بعد الحكم بالمنع فلابد منه فالنشوز الثابت وقت الحكم بالمنع ادعى استمراره فى دعوى براءة الذمة .

وحيث ان المستانفة دفعت براءة الذمة بزوال النشوز بخلو المسكن من الأدوات — وهذا الدفع مقبول — لأن علة البراءة النشوز فهى تدور معه وجودا وعدما فلاتكون البراءة الا حيث يكون النشوز — والحكم بالمنع المذكور لم يرفع حكم النفقة بل لازال قائما غاية الأمر أنه وجد مانع وقت الحكم وهو النشوز ووجوده وقت الحكم لا يستلزم استمراره اذ من المعلوم أن الاستصحاب ليس بحجة الا فيما دل الدليل على ثبوته ودوامه بشروط عدم النفى وليس

الأمر هنا كذلك ــ ولهذا جرى العرف القضائى فى مثل هذا المنع على أن يقال فى آخر صيغة الحكم بالمنع ما دامت ناشزا حتى تعود لطاعته وقد أجاز للزوجة المفروضة لها النفقة اذا زال النشوز بأى سبب شرعى ان تطلب ادرار النفقة المفروضة لها وهذا بخلاف الصلح على الأكل تموينا فانه مبطل للغرض أى رافع للحكم فاذا أبرأت منه فلا بد لها من فرض جديد .

وحيث أن قول المستأنف عليه بأن ادعاء زوال النشوز انما يكون بدعوى قائمة بذاتها تطلب فيها ادرار النفقة ــ ولا يكون دفعا لدعوى البراءة ــ غير وجيه لأن النزاع بين الطرفين فى ان ذمة المستأنف عليه برئية للنشوز كما يقول هو أو غير بريئة كما تقول المستأنفة لزواله ؟ . فالنشوز هو مناط البراءة وعدمها فلا شك أن هــذا توضيح للدعوى فلا بد من تحقق القضاء من النشوز فتبرأ الذمة أو من عدمه فلا تبرأ ، ويظهر اثر هذا وعدم وجاهة ما خالفه فيما اذا فرض وأيدت هذه المحكمة الحكم ببراءة الذمة من المبلغ الذى تجمد فى مدة ثبت فيها زوال النشوز كما هنا ثم طلبت المستأنفة بعد هذا ادرار النفقة فى تلك المدة لزوال النشوز فان دعواها لاتسمع لصدور حكم نهائى اكتسب به المستأنف حق براءة الذمة مما تطلب هى ادراره ــ وحينئذ فليس من العدل أن تحرم المستأنفة من حق اقامة الدليل عليه ولما ذلك شرعا وقانونا ــ وحيث قد ثبت زوال شرعية المسكن فى هذه المدة فلا تبرأ ذمة المستأنف عليه من النفقة المتجمدة فيها .

٣٣/١٨ ك س أسيوط (٣٤/٥/١) م ش ٥/٨٨٠

□■□

(المبدأ ٥٤) : نفقة المعتدة واجبة على مطلقها .

حيث ان نفقة المعتدة واجبة على مطلقها شرعا مادامت فى العدة .

٣٢/٨٨٠ بنى سويف (٣٤/٥/٣) م ش ٥/٨٧٤

□■□

(المبدأ ٥٥) : اذا اعترفت المعتدة بان ليس لها حق شرعى قبل مطلقها منعها ذلك من مطالبته بشىء من حقوق الزوجية التى منها نفقة العدة

وحيث ان المدعية معترفة بعقد الطلاق فى الورقة العرفية بان ليس لها حق شرعى عند المدعى وقد صح صدورها منها فاصبحت حجة عليها فدعواها اليوم بانها لها حق نفقة العدة مردود عليها ولا تسمع منها .

٣١/١٠٦ السيدة (٣١/١٢/٢٧) ت س م ش ٥/٣٥٩

□■□

(المبدأ ٥٦) : ما دام المحكوم عليه بنفقة العدة لا ينازع فى كون مطلقته فى العدة فى المدة التى استولت على نفقتها فيها بعد مضى السنة من طريق تنفيذها الحكم الصادر بها فلا يجاب لطلب استرداد ما استولت عليه من ذلك بطريق التنفيذ لأن النفقة صلة لا تسترد اذا اتصل بها القبض .

منع سماع دعوى نفقة العدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بمقتضى المادة ١٧ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ ليس معناه ان عدة المطلقة تنقضى بمضى سنة من تاريخ الطلاق ولا أن المعتدة لا تستحق النفقة مادامت فى العدة وان طالت الى أكثر من سنة ولكنه نهى للقضاء من سماع هذه الدعوى من قبيل تخصيص القضاء ، مع عدم اسقاط الحق فى النفقة مادامت فى العدة كالمنع من سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة فانه لا يدل على سقوط الحق المدعى بتقادم الزمن ، ومن حيث انه بذلك تكون المدعى عليها قد قبضت ما قبضته على انه نفقة مستحقة لها لأنها فى العدة ويكون المدعى قد اقبضها هذا المبلغ على هذا الاعتبار ، ولا يفيده ان ذلك كان بطريق الحجز ــ فقد كان فى متناوله بحكم القانون أن يستشكل فى التنفيذ وان يرفع الأمر الى القضاء ليقف حكم النفقة فيما زاد عن سنة من تاريخ الطلاق طبقا لنص المادة ١٧ من القانون المذكور . اما ولم يفعل ذلك وقد استولت المدعى عليها على حقها فى النفقة فلا وجه لاستردادها وقد نصوا على ان النفقة صلة لاتسترد اذا اتصل بها القبض كالهبة .

٣٣/٨٨١ بنى سويف (٣٤/٥/٣) م ش ٧٨٤/٥

□■□

(المبدأ ٥٧) : نفقة الزوجة واجبة على زوجها من تاريخ امتناعه .

نفقة الزوجة واجبة لها على زوجها من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليها كما أن نفقة الصغير واجبة على ابيه شرعا .

٩٢/١١٩٧ طهطا (٣٠/١٠/٢٢) م ش ٩٤٨/٢

□■□

(المبدأ ٥٨) : المطالبة بنفقة الزوجة عن مدة ماضية (نفقة الزوجة غير المفروضة بالقضاء او الرضاء) .

المحاكم الشرعية كانت جارية فيما يختص بنفقة الزوجة عن مدة ماضية على مذهب الامام ابى حنيفة رضى الله عنه فى أمرين ــ (اولهما) ان نفقة الزوجة قبل فرضها بالتراضى او بقضاء القاضى تسقط بمضى شهر ولا تصير دينا ، (وثانيا) انها بعد فرضها بالقضاء او الرضاء تصير دينا ضعيفا تسقط بالنشوز او بالموت ما لم تكن مستدانة باذن القاضى او اذن الزوج

واستمر العمل على ذلك الى ان رؤى ان فيه غبنا على المراة واجحافا بحقوقها فصدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ الذى اخذ بمذهب الامام الشافعى رضى الله عنه ونص فى المادتين الأولى والثانية (فيما يختص بالأمر الأول) على أن نفقة الزوجة غير الناشز وكذا المطلقة تعتبر دينا فى ذمة الزوج او المطلق من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراضى منهما ــ وعلى هذا فلا تسقط بمضى شهر ولا أكثر من شهر انما يمتنع سماع الدعوى بها بمضى خمسة عشرة سنة أسوة بسائر الحقوق غير الوقف والميراث (فيما يختص بالأمر الثانى) نص فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على ان دين نفقة الزوجة لا يسقط الا بالأداء أو الابراء فصار دينا قويا كسائر الديون فلا يسقط بالنشوز ولا بموت احد الزوجين سواء كان مستدانا بالأذن ام لا ــ واستمر العمل على هذا الى ان رؤى ان فيه شيئا من الارهاق على الزوج فيما يختص بالأمر الأول لأن الباب فتح على مصراعيه امام المراة فاصبح لها الحق فى ان تطالب زوجها بنفقة زوجية عن مدة ماضية حدها الأقصى ١٥ سنة وصارت كلما قام بينها وبين زوجها نزاع وارادت مكايدته والنكاية به تلجأ الى مقاضاته امام المحاكم فتدعى عليه بنفقة زوجية عن مدة ماضية تبلغ سنين عديدة بينما هى فى الغالب كانت تعاشره معاشرة الأزواج وينفق عليها الى ما قبل التقاضى بزمن يسير وفى هذا من الأعنات للزوج ما فيه فرئى أن يلجأ الى حد وسط يكفى لدفع الغبن والأجحاف عن المراة ولا يوقع الزوج فى عنت وارهاق فمع ابقاء ما قضى به القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ على حاله وزيدت على المادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ٣١ الفقرة الآتية : ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى» (١) وبزيادة هذه الفقرة على المادة ٩٩ صارت الزوجة لا يمكنها أن تطالب الزوج بنفقة زوجية عن مدة ماضية على ثلاث سنوات ولا عن مدة مضى عليها ثلاث سنوات والمقصود بداهة من كلمة النفقة فى هذه الفقرة نفقة الزوجية لأن نفقة الأقارب لا تسمع الدعوى بها عن مدة ماضية مطلقا (٢) كما هو معروف فى الفقه ، كما ان المقصود

---

(١) يجب ملاحظة ان الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ١٩٢٠/٢٥ المضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ نصت على أن « لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى » ونصت المادة الخامسة من القانون ١٩٨٥/١٠٠ على ان « يلغى كل ما يخالف احكام هذا القانون » .

(٢) راجع الفقرة الأخيرة من المادة ١٨ مكررا ثانيا مضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ ونصها « وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الانفاق عليهم » .

بها بلاشك نفقة الزوجية التى لم تفرض بقضاء ولا رضاء لأنها هى التى كانت موضع الشكوى ومحل التطور فى التشريعات السابقة فيما يتعلق بالقضاء بها عن مدة ماضية فهى وحدها التى كان حكمها جاريا فى المحاكم الشرعية فى الطور الأول على مذهب أبى حنيفة فى انها تسقط بمضى شهر ولا تصير دينا ولا يقضى بها عن مدة ماضية اكثر من شهر واحد ثم صار حكمها فى الطور الثانى منذ صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على مذهب الامام الشافعى فى انها تعتبر دينا من وقت استحقاقها ولا تسقط بمضى شهر ولا اكثر ثم صار حكمها فى الطور الثالث الجارى عليه العمل الآن من وقت صدور القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ هو ماقضت به الفقرة التى زيدت على المادة ٩٩ وهو النهى سماع الدعوى بها اكثر من ثلاث سنوات بناء على قاعدة جوز تخصيص القضاء .

٣٥/٩٩ بنى سويف (٣٦/٣/١٧) ت س م ش ٢١٢/٨

□■□

(المبدأ ٥٩) : تجب النفقة للزوجة المحكوم بزوجيتها التى كان الزوج ينكرها ابتداء من تاريخ الحكم بتلك الزوجية (ما دام لم يستند الى تاريخ سابق عليه) لا عن مدة فيما قبله .

وحيث انه قد نص على انها لو ادعت عليه النكاح وهو ينكر وقضى القاضى بنكاحها ببينة وجعلها امراته ولم يكن تزوجها صح ونفذ ظاهرا وباطنا ويعتبر ذلك انشاء نكاح جديد ، وأن معنى النفوذ ظاهرا نفرذه فيما بينا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك . ومعنى النفوذ باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى ، ولا يقال كيف ينفذ القضاء باطنا مع القول بانه اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن ، والنكاح لم يكن ثابتا فانه يمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كانه قال انكحتك اياها وحكمت بينكما بذلك فيحل له أن يطأها (ويصير هذا كقولك هو حر فى جواب اعتق عبدك عنى بالف حيث يتضمن البيع منه) راجع الهداية مع حواشيها والزيعلى مع حاشيته والدر مع حاشيتى عبد الحليم ووانى افندى قبيل باب الأولياء وفى كتاب القضاء عند الكلام على القضاء بشهادة الزور ـ وبالجملة فقد ذهب الامام ابو حنيفة رضى الله عنه الى ان الحاكم اذا حكم بينة بعقد او فسخ عقد يصح أن يبتدىء فهو نافذ ظاهرا وباطنا ويكون كعقده بينهما وان كان الشهود زورا كما يروى ان رجلا خطب امراة هو دونها فابت فادعى عند (على) كرم الله وجهه انه تزوجها واقام شاهدين فقالت المراة لم أتزوج وطلبت عقد النكاح فقال على كرم الله وجهه قد زوجك الشاهدان ، وقد جاء أيضا فى نفقات البزازية ما نصه : ادعى عليها

نكاحا فانكرت او ادعت عليه فانكر برهن فقضى به لا نفقة فيما سلف) وفى نفقات الهندية ما نصه (امراة اقامت بينة على رجل بالنكاح فلا نفقة لها فى مدة المسألة عن الشهود ، ولو اراد القاضى ان يفرض لها نفقة لما راى من المصلحة ينبغى ان يقول لها ان كنت امراته فقد فرضت لك عليه فى كل شهر كذا وكذا ويشهد على ذلك ، فاذا مضى شهر وقد استدانته وعدلت البينة اخذته بنفقتها منذ فرض لها ــ وان ادعى الزوج النكاح وهى تجحد فاقام عليها بينة لا نفقة لها ، ولا يخفى عمل التزكية واتصال القضاء بالبينة وانه لا يثبت بها الحق الا اذا اتصل بالقضاء ، كما لا يخفى ان المدعى عليه بمجرد الدعوى بدون اقامة بينة لم يصر خصما .

٢٩/٢٤٩ منوف (٣٠/١/١٦) م ش ٢٧٢/٢

□■□

(المبدأ ٦٠) : ادعاء الطلاق من تاريخ سابق كاف للدلالة على عدم الانفاق .

ادعاء الزوج حصول الطلاق من تاريخ سابق كاف للدلالة على عدم انفاقه على الزوجة من ذلك التاريخ ــ وحيث ان المستأنف اعترف امام المحكمة الجزئية بالتطليق على الابراء من تسع سنين فهو اعتراف منه بعدم الانفاق فى المدة التى حكم فيها بنفقة للمدعية ــ ومن حيث ان دين النفقة دين ثابت يجب بالزوجية ولم يدع المدعى عليه الانفاق بل اقر بعدم الانفاق .

٣١/٧٥ س ك مصر (٣٣/٣/٢٨) م ش ٩٠١/٥

□■□

(المبدأ ٦١) : دين النفقة الذى يحكم به عن مدة ماضية ليس كسائر الديون يحتاج فى الادعاء به على متوفى الى ذكر مال من التركة فى الدعوى ــ لأن القضاء بنفقة الزوجة من باب الاعانة .

حيث ان المدعى عليه دفع بعدم سماع الدعوى لأنها وان كانت دعوى نفقة الا انها فى الواقع دعوى دين فى ذمة المتوفى ومن شروط سماعها ذكر المال وهى خلو منه فلا تكون مساوغة .

وحيث انه بالنسبة لهذا الدفع فان المنصوص عليه شرعا ان دين النفقة الذى يحكم به عن مدة ماضية ليس كسائر الديون يحتاج فى الادعاء به الى ذكر المال لأن القضاء بنفقة الزوجة من باب الاعانة الا يرى انه يقضى لزوجة الغائب بالنفقة فى ماله وياذن لها القاضى باستيفاء ما قضى لها به منه ان كان من جنس النفقة ولا يعتبر ذلك قضاء على الغائب .

٣٢/٤٦٥ طلخا (٤٣/٢/١٢) م ش ٤٢٧/٦

(المبدا ٦٢) : متى كان الزوج قائما بالانفاق على زوجته او مطلقتـه بدون نزاع على مقدار النفقة ومناسبتها لنفقة المثل فليس لها ان تطالب ـ عن مدة مضت ـ بالفرق بين ما انفق فعـلا وبين نفقـة المثل باعتبـار الزيادة الطارئة عليه بوراثته لنصيب فى تركة .

حيث انه وان كان المنصوص عليه فقها ان النفقة المفروضة تزاد تبعا لزيادة يسـار المحكوم عليه زيادة ظاهرة تجعل المحكوم به غير مناسب لحالته المالية ـ الا انه يجب ان يلاحظ مع هذا الأصل اصل آخر متفق عليه وهو انه متى كان الزوج قائما بالانفاق على زوجته او مطلقته سواء كان الانفاق تموينـا او نقودا يقـدمها لها لتتولى الانفـاق على نفسهـا بدون نزاع على الانفاق تموينا او نقودا يقدمها لها لتتولى الانفاق على نفسها بدون نزاع على مقدار النفقة ومناسبتها لنفقة المثل فليس لها بعد ذلك ان تطالب بالفرق بين ما انفق فعلا وبين نفقة المثل اذا كانت ازيد مما انفق ـ وعلى هذا الاعتبار اذا كانت النفقة متراضى عليها أو محـكوما بهـا ولم تطالب بازيد منهـا اذا صارت اقل مما يناسب حال الزوج ومضت مدة سقط حقهـا فى المطالبـة بالزيادة عن هذه المدة ولا يجوزلها أن تطالب بالفرق من تاريخ تحقيق سبب زيادة النفقة الى تاريخ حصول اليسـار الـذى اوجب زيادتهـا مادامت لم تطالب بهذه الزيادة وقت تحقق سببها وتكون الزيادة التى تستحقها هى من تاريخ الطلب فقط ـ والعلـة فى ذلك ان الزوج متى انفق على زوجتـه بأى شكل وبأى مقدار رضيته بدون منازعة ولا مخاصمة فيعتبر انه قام بما وجب عليه وليس لها بعد ذلك ان تدعى ان ما انفقته كان اقل مما يجب ولا أن تطالب بالزيادة عن المدة السابقة على الطلب .

٤٠/٣٣٩ ك س مصر (٤١/٣/٣) م ش ٨٠/٧/١٢

□■□

(المبدا ٦٣) : الصلح على مقدار معلوم غير المحكوم به فى النفقـة ملزم ولا يصح بعده المطالبة بالقدر المحكوم به .

ان محضر الصلح الذى تنازلت فيه المدعية عن حكم النفقة المطلـوب الأمر باداء المقرر فيه ليس مما يدل عا ىعودة حقهـا فى تنفيـذه اذا اخل بشروط الاتفاق وكل ما شرط فيه هو عودة الحرية للطرفين فى الرجوع الى مقاضاة الآخر فضلا عن انها اصطلحت معه بعد ذلك على الطـاعة وعلى أن يعطيها مبلغا لمعيشتها وهو ما يدل على عدم قيام الحكم (القاضى لها بالنفقة)

٣٥/١٠١٥ س ك مصر (٣٥/٢/١٩) م ش ١٧٤/٩

□■□

(المبدأ ٦٤) : اذا صالحت المرأة زوجها على نفقة ثم قال الزوج لا اطيق ذلك فلا يقبل قوله لتناقضه ما لم يظهر للقاضى حاله .

نص فى الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٥٧٤ على انه (اذا صالحت المرأة زوجها على ثلاثة دراهم نفقة كل شهر ثم قال الزوج لا اطيق ذلك فانه لا يصدق فى ذلك ويلزمه جميع ذلك قال فى الكتاب الا أن يبرأ منه القاضى يريد به الا أن يتعرف القاضى عن حاله بالسؤال من الناس فان اخبروا انه لا يطيق ذلك نقص عنه واوجب على قدر طاقته) ،، وعلل ذلك العلامة ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ص ٦٧٦ جزء ٢ بأن الزوج التزم ما فرضه على نفسه صلحا باختياره وذلك دليل على كونه قادرا على اداء ما التزم به فيلزمه جميع ذلك الا ان يتعرف القاضى عن حاله بالسؤال من الناس ، ثم قال وحاصله أنه لا يقبل قوله لتناقضه ما لم يظهر للقاضى حاله أ. هـ .

١٤٠/٤٣ منوف (٤٤/٦/٢٠٠) م ش ٢٨٤/٢١

□■□

(المبدأ ٦٥) : التنازل عن النفقة فى مقابل ــ انما هو تنازل بعوض ــ فاذالم يتحقق هذا العوض كان لمتنازل حق الرجوع عن تنازله واعتباره كان لم يكن . واذا كانت هناك دعوى نفقة قائمة واستمر السير فيها كان هذا الاجراء صحيحا .

حيث انه واضح أن التزامها بالتنازل عن قضية النفقة هو فى مقابل التزام المستأنف عليه ، وخاصة فيما يتعلق بدفع قسط الصداق فى الميعاد فهو تنازل بعوض يجب ان يقوم به الطرف الآخر فاذا لم يقم به صار من حقها نقض هذا الالتزام ــ ومن حيث ان المستأنف عليه لم يدفع قسط الصداق ــ كما اعترف بذلك وكيله فتكون فى حل من السير فى دعوى النفقة .

١٩٥٧/٢٩ ك س مصر (٤٠/٤/٢٥) م ش ٩٨/٧/١٢

□■□

(المبدأ ٦٦) : التنازل عن حكم النفقة لا يعتبر تنازلا عنها والتنازل عنها غير مانع من طلب الحكم بنفقة .

ثابت من حكم محكمة الاستئناف انها تنازلت عن الحكم الصادر لها بنفقة عدة وأن تلك المحكمة ابطلت ذلك الحكم ابتداء من تاريخ صدور الورقة ولم تحكم بابطال استحقاق النفقة فى ذاتها كما هو ظاهر من الحكم ، وهذا من جهة ومن جهة اخرى فانه لو فرض انها تنازلت عن النفقة فى ذاتها لا عن حكم فانه لا يمنعها ذلك طلبها الحكم لها بنفقة اذ هو التزام بما لا يلزم شرعا .

٢٠٦/٣١ السيدة (٣١/١٢/٢٧) ت س م ش ٣٥٩/٥

(المبدأ ٦٧) : يصبح التنازل عن تنفيذ حكم النفقة بشروط .

اذ اصطلح الزوج مع زوجته على (أنها أبطلت حكم النفقة الصادر لها عليه على ان يعطيها فى نظير هذا التنازل شهريا مبلغا معينا لنفقتها بحيث اذا تأخر فى دفع المبلغ المصطلح عليه يكون لها حق التنفيذ بجميع المبلغ المحكوم به) كان هذا صلحا على التنازل عن تنفيذ الحكم مشروطا بشرط صحيح شرعا ، ولا عبرة بصدر عبارة الصلح لأن آخرها يدل على المقصود منها ويجب اعتبار مجموع الكلام وحدة مترابطة الأجزاء فى فهم المقصود منه .

٣٦/٣٤٣ ك س بنى سويف (٣٧/٨/١٥) م ش ٧٣٠/٩

□■□

(المبدأ ٦٨) : الابراء من النفقة قبل الفرض باطل .

يقضى الفقة بأن الصلح على النفقة لا يمنع من زيادتها لأن الزوجة غير ملزمة لأن الصلح فى النفقة على اقل من المستحق ابراء عن باقى المستحق والابراء قبل الفرض باطل ، فلو أبرأته من النفقة قبل الفرض لم تسقط نفقتها .

٣٣/٢٩٨ الجمالية (٣٢/١٢/١٤) م ش ٢١٦/٧/٨

□■□

(المبدأ ٦٩) : اذا ابرات المرأة زوجها نظير الطلاق من مؤخر الصداق ونفقة العدة ونفقة ابنه منها واجرة حضانته وارضاعه اعتبر هذا عوضا عن الطلاق فاذا لم تحدد مدة لتحملها ما تحملت به نظير الطلاق فلا يصح هذا التحمل بالنسبة للولد فى جميع الأنواع ولها أن تطلب نفقة الولد واجرة مسكنه وحضانته ورضاعه ومسكن حضانته .

يقضى الفقة بعدم اعتبار التحمل بالنفقة واسقاطها الا اذا كان ذلك خلعا أو بدلا عن الخلع كما نص على ذلك فى الجزء الأول من تنقيح الحامدية ص ٤٨ فاذا اختلعت الزوجة من زوجها بما لها عليه من المهر ورضاع ولدها الذى هى حامل به منه أو بنفقته الى زمن معين جاز فان مات فى بطنها او لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة ما ذكر وان مات بعد سنة ترد قيمة رضاع (١) سنة وله الرجوع عليها بنفقة السنين التى تحملت بها الا اذا قالت عند الخلع اذا مات او ماتت فلا شىء على فهو على ما شرطت كذا فى فتح القدير نقلا عن أبى يوسف واجرة الحضانة من ضمن النفقة والطلاق على الابراء منها خلع الأجرة فمتى تبرعت الأم بأجرة الحضانة او التزمت بها من غير مقابل فليس لها المطالبة بها كما نص على ذلك فى الجزء الأول من الفتاوى

---

(١) هذا محل نظر لأن الزوجة اذا ارضعت سنة تكون قد أوفت المقابل سنة فكيف ترد قيمة الرضاع الذى قامت به نحو الصغير .

الهداية ص ٣٢٨ ، ٣٥٥ فكان عقد الخلع نظير الطلاق صحيحا من هذه الناحية ولا جهالة فيه بعد الوضع ولا اعتبار لما قالته المدعية من أن عقد الخلع من قبيل التزام مالا يلزم لأن هذا الخلع عقد معارضة .

٤١/٣٤٠٠ س ك مصر (٤٢/١٠/٢٦) م ش ٢٠٨/١٤

□■□

(المبدأ ٧٠) : نفقة الزوجة والأطفال والأرحام مقدمة على سائر الديون ولا يزاحم الفرماء فيها .

الفقه يقضي بتقدم نفقة الزوجة والأطفال والأرحام على سائر الديون وان الفرماء لا تزاحم هذه النفقة كما نص على ذلك فى الجزء الخامس من رد المحتار ص ٩٩ .

٤١/٣٠١٨ س ك مصر (٤٢/٨/٢٤) م ش ١٩٦/١٥

□■□

(المبدأ ٧١) : نفقة الزوجة والأطفال والأرحام مقدمة على سائر الديون .

الفقه يقضي بتقديم دين نفقة الزوجة والأطفال والأرحام على سائر الديون وان الفرماء لا تزاحم هذه النفقة كما نص على ذلك فى الجزء الخامس من الدر المختار ورد المحتار فى ص ٩٩ .

٣٢/١٨٩٤ الجمالية (٣٣/٨/٢٠) ع ش ٧٧/١/١١

□■□

(المبدأ ٧٢): اذا طلب الزوج مقاصة دينه بمتجمد نفقة الزوجة عليه أجيب الى طلبه لأن دينه أقوى من دينها شرعا .

حيث ان المنصوص عليه شرعا ان للزوج ان يطلب مقاصة دينه بدين النفقة لأن ذلك تنازل منه عن حقه وتجبر الزوجة على قبوله (١) .

٣١/٤٩٠ سنورس (٣٢/٣/١٩) ٥٧٣/٥

□■□

(المبدأ ٧٣) : ما استولت عليه المطلقة بعد انقضاء عدتها يلتقى قصاصا مع دين مؤخر الصداق .

ما استولت عليه المطلقة بعد انقضاء عدتها (الثابتة بقرينة الأقدام على

---

(١) راجع المادة ٩/١ ق ٢٥/١٩٢٠ مضافة بالقانون ١٠٠/١٩٨٥ .

النكاح وسبق الاقرار بحصول الطلاق) يلتقى قصاصا مع دين مؤخر الصداق لتساوى الدينين فى القوة ولأن من استولى على مال الغير بغير حق وجب عليه رده .

٣٦/١١٩ ك س بنى سويف (٢٧/٧/١٨) م ش ٢٦٠/٧/٨

□■□

(المبدا ٧٤) : متجمد النفقة بمقتضى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ دين قوى فيصح مقاصته بدين الزوج سواء اكان ذلك بطلبها ام بطلبه .

حيث ان القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ جعل دين النفقة دينا قويا فيكون كدين الزوج ويأتى معه قصاصا سواء كان ذلك بطلب الزوج أم الزوجة (١) .

٣١/٤٩٠ سنورس (٣٢/٣/١٥) م ش ٥٧٣/٥

□■□

(المبدا ٧٥) : النفقة حق الزوجة والطاعة حق الزوج فاذا ترك الزوج حقه فى الطاعة ولم يطلب به من طريق صحيح فقد ترك حقه وهذا لا يقتضى سقوط حقها فى النفقة .

وحيث ان النفقة حقها والانتقال حقه ، فاذا لم يطالب الزوج به من طريق صحيح فقد ترك حقه فيه ، وهذا لا يقتضى سقوط حقها فى النفقة كما نص على ذلك فى الجزء الأول من جامع الفصولين ص ١٩٠ .

٣٣/٢٢٦١ الجمالية (٣٤/٩/٣٢) م ش ٨٣٨/٩

□■□

(المبدا ٧٦) : النفقة ولو بعد الفرض تسقط بوفاة المحكوم له .

المنصوص عليه شرعا أن النفقة ولو بعد الفرض تسقط بوفاة المحكوم له ، أو عليه ما لم تكن مستدانة بأمر القاضى ـ الا نفقة الزوجة فانها لا تسقط عملا بالقانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

٢٧/١٣٨٧ س ك مصر (٢٨/٤/١٠) م ش ٦٥/٢/١١

□■□

(المبدا ٧٧) : المنصوص عليه شرعا ان النفقة المفروضة بالقضاء ان التراضى يبطل فرضها ويسقط ما تجمد منه بموت من فرضت له ، اى بموت من فرضت عليه وبموتهما معا من باب اولى ـ لأنها صلة ـ والصلات

---

(١) راجع المادة ٨/١ ق ١٩٢٠/٢٥ مضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

تبطل بالموت قبل القبض الا ان تكون مستدانة بامر القاضى ، سواء فى ذلك الزوجة او الاولاد او الاقارب ، الا ان القانون استثنى نفقة الزوجة واعتبرها دينا لا يسقط الا بالاداء أو الابراء بمجرد تسليم نفسها من وقت الامتناع ، وكذلك المطلقة ، كما هو مذهب الأمام الشافعى .

المنصوص عليه فى مذهب ابى حنيفة ان النفقة المفروضة بالقضاء أو التراضى يبطل فرضها ويسقط ما تجمد منه بموت من فرضت له أو بموت من فرضت عليه وبموتهما معا من باب أولى ، وعللوا ذلك بانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض الا اذا كانت مستدانة بامر القاضى سواء فى ذلك نفقة الزوجة ونفقة الاولاد والأقارب ، غير ان القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ اعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينيا فى ذمته من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجربه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها لا بالأداء أو الابراء — وكذا نفقة المطلقة كما هو مذهب الأمام الشافعى . فكل ما عداها من النفقات يرجع فيه الى المنصوص عليه فى المذهب ، وقد ورد بالفتاوى الانقروية رقم ١٠٨ جزء أول ما نصه (فان كان القاضى بعد ما فرض لها نفقة الاولاد أمرها بالاستدانة فاستدانت حتى ثبت لها حق الرجوع على الأب فمات الأب قبل أن يؤدى اليها هذه النفقة هل لها أن تأخذ من ماله ان ترك مالا) — ذكر الخصاف فى نفقاته أنه ليس لها وذكر فى الأصل أن لها ذلك وهو الصحيح لأن استدانة المراة بأمر القاضى وللقاضى ولاية كاملة بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو استدان الزوج بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين هكذا هنا ،، هذا اذا استدانت بأمر القاضى — وأما اذا فرض القاضى نفقة الأولاد ولكن لم يأمرها بالاستدانة فاستدانت ثم مات الزوج قبل ان يؤدى اليها ليس لها أن تأخذ من ماله أن ترك مالا بالاتفاق — الجزء الثالث من نفقات الذخيرة ، فاذا كان الحكم كذلك بالنسبة للاب كان كذلك بالنسبة للجد من باب أولى، وكذلك الحكم فيما اذا انفقت الأم من مالها على الصغار او اكلوا من مسألة الناس (١) فانها لا ترجع بشىء مادام لم يكن هناك أذن من القاضى بالاستدانة تراجع ص ٦٧٧ ، ٧٠٤ ، ٧٠٥ من الجزء الثانى من ابن عابدين فى آخر باب النفقة عند الكلام على قول المصنف (قضى بنفقة غير الزوجة) ص ١٠٨ ، ١١٠ من الجزء الأول من الفتاوى الانقروية .

٣٩/٤٦٣ شبرا (٤٠/٩/٢٩) ت. س   م شبس ٩٨/٧/١٢

□■□

---

(١) راجع الفقرة الاخيرة — المادة ١٨ مكررا ثانيا ق ١٩٢٩/٢٥ مضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

(المبدأ ٧٨) : لا ينسب حق للزوجة فى طلبها اعادة مقرر نفقتها المحكوم بسقوطها للنشوز لمجرد زوال شرعية المسكن المحكوم عليهـا بالطاعة فيـه مادامت لم تثبت عدم وجود مسكن شرعى آخر للمدعى عليه .

وحيث أن زوال شرعيـة المسكن لا تكفى لاعتبار المدعية مطيعـة حتى تستحق اعادة المفروض لها لأن زوال شرعية مسكن معين لا تلازم بينها وبين الطاعة لأنها تكون ناشزا من مسكنه لأن للزوج تعدد المسكن الشرعى والنقله فيجوز أن يكون نقل الى مسـكن شرعى او عـدد مسـاكن شرعيـة ودعاها وامتنعت ويكون نشوذها من كل مسكن كافيـا فى نشـوزها الكلى .. اما زوال شرعية مسـكن معين واحـد فلا تكفى للطاعة الا اذا ثبت مع ذلك أن الزوج لم يعد مسكنا غير هذا المسكن ــ واذا تكون الدعوى واجبة الرفض للعجز عن الاثبات وعدم طلب اليمين الشرعية .

٢١/١٧٩ المنشية (٣٢/١/٢٤) ت س   م ش ٩٠٨/٢

□■□

(المبدأ ٧٩) : تحـايل الزوجين على استصـدار حكم باداء ما قرره الزوج .

تحايل الزوجين على استصـدار حكم باداء ما قرره الزوج من النفقـة لزوجته بورقة عرفية بقصد التأثير على حق لآخر يقتضى رفض الدعوى متى ثبت قصد الكيد باستمرار العشرة بين الزوجين أو انفاقه عليها ورفعهمـا الدعوى أمام محكمة غير محكمتها .

٣٤/٢٩٠٥ س ك مصر (٣٥/٤/١)   م ش ٤٦٢/٧

□■□

(المبدأ ٨٠) : لا يستمر فرض النفقة المفروضة بسبب ان الزوجية قائمة اذا انقطعت هذه الزوجية ولا تعود بعودها بل لابد من فرض جديد .

وحيث ان الخصمين تصـادقا على انها طلقت على البراءة من نفقـة العدة ــ ثم عادت الى عصمته فلا يكون لها حق فى مطالبته بما هو مفروض لها فى تلك المدة ايضا لأنها أبراته منها ابراء صحيحا ــ لأن الزوجيـة التى ظلت قائمة وقت الفرض والتى هى سبب الحكم ــ قـد زالت بطلاقها منـه على البراءة وتجددت بعدها زوجية أخرى لم تكن سببا فى فـرض النفقـة بالحكم المذكور ــ لحدوثها بعده ــ ومن ثم لا يكون للمدعية المطالبة بما هـو مقرر بالحكم (الحكم السـابق) .

٣١/٥٤ بورسعيد (٣١/١٢/٥) ت س   م ش ٥٥٩/٢

(المبدأ ٨١) : حبس الزوجة فى دين لها لا يوجب نفقتها .

اذا حبست المرأة ولو فى دين لها لا تقدر على ايفائه فلا يلزم زوجها بنفقتها مدة حبسها لأن فوات الاحتباس ليس من جهته ، واذا حبست فى دين له وجبت نفقتها عليه لأن فوات الاحتباس من جهته .

٤٤/٨٨١ المنصورة (٤٥/٨/١٨) ت س م ش ١٦٤/١٧

□■□

(المبدأ ٨٢) استيفاء النفقة من الزوج يمنع مطالبة الكفيل .

اذا ثبت استيفاء الزوجة نفقتها من زوجها فلا حق لها فى مطالبة كفيله بها مادام لم يظهر مطل زوجها .

٤٢/٤٦٢ منوف (٤٤/١/١٢) م ش ١٧٥/١٩

□■□

(المبدأ ٨٣) : مرض الزوجة عند ابيها ولم تنتقل الى بيت زوجها رغم امكانها لا يوجب عليه النفقة .

نص فى الخانية والبحر وفتاوى قاضيخان على أن الزوجة اذا مرضت عند الزوج فانتقلت لدار ابيها فان امكن نقلها الى بيت الزوج ولو بمحفة ونحوها ولم تنتقل فلا نفقة لها .

٤٣/٧٨٦ منوف (٤٤/٣/٢٨) م ش ٣٨٠/٢١

□■□

(المبدأ ٨٤) : الزوجة التى اصيبت بالجنون وكانت على حالة يظن معها اعتداؤها على زوجها ويخشى عليه من ضررها لا تستحق نفقة عليه وان كانت لها نفقة مقررة من قبل سقطت بذلك لان الجنون فى هذه الحالة يأخذ حكم النشوز .

جاء فى التتارخانية أن المجنونة تستحق النفقة اذا لم تمنع نفسها بغير حق ، ومعنى ذلك أنها تستحقها اذا كانت بحالة لا يخشى على زوجها منها بأن كانت بحالة هادئة غير هائجة وغير ضارة ـ فاذا كانت بحالة من الثوران والهيجان الذى يكون مظنة لوقوع الأذى بزوجها كما فى حالة هذه الزوجة المريضة فانها لا تستحق عليه النفقة ، ولذلك يقول العلامة ابن عابدين فى باب القسم عند قول المصنف ، ومجنونة لا تخاف ، اى لا يسقط حقها فى نصيبها من بينونة وغيرها ؛ قال العلامة المشار اليه ما نصه « اى لا يخاف منها الزوج بان كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه

نفقتها واسكانها والا فهن فى حكم الناشز أ. هـ. » وهو صريح فى أن حكم المجنونة التى يخشى منها الضرر على زوجها كحكم الناشز من جهة عدم استحقاقها النفقة على زوجها ما دامت على حالتها المشار اليها ومن هذا التحليل يعلم أن هذه المريضة لا تستحق نفقة على زوجها من يوم أن دخلت مستشفى الأمراض العقلية .

٣٦/٣٧٠٧ الجمالية (٣٩/٤/١٥) ت س م ش ٦٨/٩/١٢

□■□

(المبدأ ٨٥) : ما يدفعه الزوج من نفقة لزوجته جبرا بقوة السلطة التنفيذية يجوز له استرداده متى ظهر انها استولت عليه بغير حق ويكون دينا له عليها يتقاص مع ما تستحقه من دين نفقتها متى طلب المقاصة (١) .

حيث أن ما استولت عليه المدعية ــ يعتبر استيلاء بغير حق وقد دفعه جبرا ، ممتثلاللسلطة التنفيذية فيكون له استرداده خصوصا انه اشهد كتابة على هذا المحضر انه يحتفظ بحق استرداد هذا المبلغ لأنها لم تدخل فى طاعته مع الحكم عليها بالطاعة واذا جاز له استرداده ، ثبت كونه دينا له فى ذمتها والوجه الشرعى ان الزوجة اذا طلبت من القاضى أن يفرض لها النفقة وكان للزوج عليها دين فقال احبسوا لها نفقتها منه كان له ذلك (الهندية عن المحيط من السابع عشر فى النفقات) وفى الدر المختار من باب النفقة (عليها دين لزوجها لم يلتقيا قصاصا الا برضاء) وعلله فى رد المحتار بان دين الزوج اذا طلب هو المقاصة بين دين نفقتها ودينه اجيب الى ذلك لأن الطلب فوق الرضاء .

٣١/١٨٥٣ السيدة (٣٢/٩/٩) م ش ٧٨٤/٤

□■□

(المبدأ ٨٦) : اذا كانت النفقة قد دفعت بطريق الجبر والاكراه فلا تكون صلة ويكون له حق الرجوع فيها وطلب ردها اذا كانت قد اخذت منه بغير حق .

لا نزاع بين الخصمين فى أن المدعى عليها قبضت المبلغ عن طريق التنفيذ بالحكم لا برضاه وان حكم النشوز صدر مستندا الى التاريخ المذكور ــ ومن حيث أن الوجه الشرعى يقضى بان لا حق لها فى أخذ هذا المبلغ والقاعدة (أن من دفع شيئا ثم تبين انه ليس بواجب عليه فله استرداده ، ومن حيث أن النصوص الشرعية القاضية بان الزوجة لها ان تأخذ من مال الزوج ما يكفيها واولاده ، وكذا النصوص الشرعية القاضية

---

(١) راجع المادة ٨/١ ق ٢٥/١٩٢٠ مضافة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

بان النفقــة المعجلة لا ترد ، محلها ما اذا كانت دفعت برضــاء الزوج لأنهــا والحالة هذه تكون صلة وهبة ولا رجوع فيما يهبه الزوج لأن الزوجيــة من موانع الرجوع .

٣٥/٢٩٠ لمنيا (٢٠ /٤٦/٤) ت س م ش ٧٨/١٠

□■□

(المبدأ ٨٧) : اذا حصلت المطلقة بعد زواجها من آخر على نفقة من مطلقها كان للأخير استردادها .

اذا حصلت المطلقــة التى تزوجت من آخر على مال من مطلقهــا بحكم النفقــة الصادر لها عليه بعــد زواجها من غيره وطلب الحكم عليهــا برد ما استلمته منه من يوم زواجها بغيره أجيب الى طلبه .

٣٩/٥١٢ س ك مصر (٤/٠٣/٧) م ش ٦٢/٦/١١

□■□

(المبدأ ٨٨) : نفقة الزوجة اصبحت دينا قويا بعد استحقاقها .

نفقة الزواجة اصبحت دينا قويا بعــد استحقاقها وتحصل المقاصة بين دينها ودنون الزوج وتبرأ ذمة الزوج بما يساوى دينه من نفقتها ولا يحبس حينئذ نظيرها (١) .

٣٩/١١١ جرجا (١٨/٩/٤٠) م س ٧٧/٨/١٢

□■□

(المبدأ ٨٩) : لا نفقة فى نكاح باطل او فاسد ولا فى عدته .

نص الفقهاء على أن الزواج الفاســد او الباطل لا يكون ســببا فى وجوب النفقة ، فقد جاء فى التنوير وشرحه ما نصه (ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة زوجــة وقرابة وملك) فتجب للزوجة بنــكاح صحيح ولو بان فســاده او بطلانه رجع بما اخــذته من النفقــة وكتب ابن عابدين تعليقا على قوله بنكاح صحيح ما نصه « فلا نفقة على مسلم فى نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنــكاح بل لتحصين الماء ولأن حالة العدة لا تكون اقوى من حال النكاح انتهى) وقال فى فتح القدير فى باب النفقة (وفى خــزانة الفقيــه ابو الليث ، عشر من النساء لا نفقة لهن ، وعد منهن المنكوحة نكاحا فاســدا) فعلى فرض أن النكاح فاسد فلاتجب لها النفقة لا فى حال المعاشرة ولا بعد المفارقة .

٣٦/٣٧٦ الاسماعيلية (٣٧/٨/٢٤) م ش ٣٢٠/٧/٨

---

(١) راجع المادة الاولى فقرة ٨ق ٢٥/١٩٢٠معدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠

(المبدأ ٩٠) : النكاح الباطل لا يوجب النفقة .

تمنع المنكوحة نكاحا باطلا من المطالبة بالمفروض لها من النفقة بسبب هذا النكاح الفاسد او الباطل - متى طلب المحكوم عليه ذلك .

٣٦/٣٧٦ الاسماعيلية (٣٧/٨/٢٤) م ش ٨/٧/٣٢٠

□■□

(المبدأ ٩١) : لا نفقة فى النكاح الفاسد :

المنصوص عليه أن الزوج اذا كان هو الذى يدعى فساد النكاح تثبت حرمة الوطء باقراره ومتى قبلت بينته على الفساد سقطت نفقة العدة اذ الفاسد لا يوجب النفقة ص ٦٨٧ من الجزء الاول من جامع الفصولين ، وجاء فى البحر ص ١٩٩ من الجزء الرابع ان المعتدة من طلاق بائن اذا تزوجت فى العدة ووجد الدخول وفرق بينهما ووجبت العدة فلا نفقة على الزوج الزوج الثانى لفساد نكاحه وهى على الأول اذا لم تخرج من بيت العدة فان خرجت فلا ، واما بالنسبة للمدة الماضية فقد نصوا ايضا على انه لو انفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما ففى الذخيرة له الرجوع بما انفق بفرض القاضى لأنه تبين انها اخذت بغير حق ولو انفق بلا فرض لا يرجع بشىء (ص ٣٧٥ من الجزء الثانى من ابن عابدين)

٣٦/٢٩٨٧ الضواحى (٣٨/٨/٢) ت س م ش ١٠/٣٦٤

□■□

(المبدأ ٩٢) : اذا انفق الزوج على امراة فى نكاح ظهر فساده او بطلانه وكان انفاقه بدون امر من القاضى فليس له ان يرجع عليها بما انفق .

اذا انفق الزوج على زوجته فى نكاح ظهر بطلانه - فان كان انفاقه عليها بفرض النفقة من القاضى رجع الزوج عليها بما انفقه اما اذا كان انفاقه عليها بلا فرض من القاضى للنفقة فلا رجوع له بشىء ، جاء فى التنوير وشرحه ما نصه (ونفقة الغير باسباب ثلاثة - زوجية وقرابة وملك فتجب للزوجة بنكاح صحيح فلو بان فساده او بطلانه رجع بما اخذته من النفقة) وفى البحر والفتاوى الهندية وادب القاضى والذخيرة (لا نفقة فى النكاح الفاسد ولا فى العدة ، ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض القاضى لها النفقة واخذت بعد ذلك شهرا ثم ظهر فساد النكاح بأن شهد الشهود انها اخته من الرضاع وفرق القاضى بينهما رجع الزوج على المراة بما اخذت اما اذا انفق بلا فرض القاضى النفقة لم يرجع عليها بشىء) وتفرقة الفقهاء بين رجوعه اذا انفق بفرض من القاضى وبين عدم رجوعه اذا انفق بلا فرض من القاضى لما فى الأول من الزام القاضى له بدفع النفقة وليس فى الثانية ذلك .

٣٧/٤١ الاسماعيلية (٣٨/٦/٢١) ت س م ش ١٠/١٨١

(المبدا ٩٣) : النكاح الفاسد لا يترتب عليه وجوب النفقة .

ان النكاح الباطل او الفاسد لا يترتب عليه وجوب النفقة فقد جاء فى تنوير الأبصار وشرحه فى باب النفقة ما نصه (فتجب للزوجة بنكاح صحيح ، فلو بان فساده أو بطلانه رجع عليها الزوج بما أخذته من النفقة) وجاء فى فتح القدير فى باب النفقة ما نصه (فى خزانة الفقيه أبى الليث عشر من النساء لا نفقة لهن ، الصغيرة التى لا تحتمل الجماع الى ان قال المنكوحة نكاحا فاسدا) ، وجاء فى البحر باب النفقة ايضا (لا نفقة للزوجة من نكاح فاسد) ، ومثل ذلك من الفتاوى الهندية وغيرها من كتب المذهب

٤١/٩ بنها (٤٢/١/١٣) م ش ١٢٥/٧/١٣

□■□

(المبدا ٩٤) : لاحق للزوجة فى مطالبة والد زوجها بنفقتها .

حيث ان المعمول به شرعا أن زوجة الابن لا حق لها فى مطالبة ابيه بنفقتها بصفتها زوجة لابنه ، ومن ثم تكون الدعوى غير صحيحة شرعا .

٢٤/٧٤٠ ك مصر (٢٥/٧/٨) م ش ٤٥٤/٢

□■□

(المبدا ٩٥) : سفر الزوجة بدون اذن زوجها معصية فلا تلزمه مصاريف سفرها هذا .

حيث ثبت أن المدعية سافرت بعد صدور حكم الطاعة النهائى فتعتبر ناشزة خارجة عن طاعة المدعى فليس لها شرعا أن تطالبه بمصاريف عودتها بل عليها أن تعود من حيث ذهبت وترجع عن هذا العصيان وليس لها أن تدعى انقطاع النشوز بغير ذلك .

٣٣/١٢٩١ كرموز (٣٤/١٠/٧) ت س م ش ٨٤٤/٧

□■□

(المبدا ٩٦) : ما يفرض من النفقة يصير بعد وفاة المفروض لها تركة تقسم بين ورثتها حسب الفريضة الشرعية .

ان نفقة الزوجة تعتبر دينا فى ذمة الزوج من وقت الامتناع مع وجوب الانفاق بدون توقف على قضاء او رضاء ولا يسقط دينها الا بالأداء أو الابراء وأن ما يفرض من النفقة يصير بعد وفاة المفروض لها تركة تقسم بين ورثتها حسب الفريضة الشرعية كدين الصداق وكسائر الديون الصحيحة الأخرى .

٣٥/٨١١ ميت غمر (٣٦/٧/٢٨) م ش ٢٢٣/٤/٨

(المبدأ ٩٧) : ضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا ومعاقبته جنائيا على ذلك بالغرامة والتعويض مما لم يكن مالوفا فى طبقة مثلهما مانع من التعرض لها بمقتضى حكم النشوز السابق على هذا الضرب وموجب لسريان حكم النفقة السابق الحكم بعدم التعرض بتنفيذه للنشوز .

حيث ان المدعية عادت الى منزل الطاعة وحصلت حادثة الضرب فيه ثم خرجت منه بعدها ولم تعد ـ وأن المدعى عليه قد عوقب من أجل هذا الضرب جنائيا العقوبة المبينة بالحكم مع ستعمال الرافة ـ وتأيد استئنافيا ـ وحيث أن مثل هذا الزوج الذى يسىء معاملة زوجته ويضربها ضربا يعاقب عليه جنائيا لا يكون امينا عليها فى منزل الطاعة ولو استمرت فى عشرته فربما ادى ذلك الى ما لاتحمد عقباه ، وحيث انه وان كان ضرب الزوج مشروعا بالنص الا أن المقصود من الضرب ما كان للتأديب ومثل هذه الحادثة التى عوقب المدعى عليه بسببها لم يكن الغرض منها التاديب ـ فاذا خرجب من منزل الطاعة من اجل ذلك لا يكون خروجها نشوزا بل هى مضطرة اليه محافظة على نفسها كما تقول فهى حينئذ فى طاعته .

٢٥/٩٨٩ الأقصر (٢٩/٩/١) م ش ١/ ٢٧٠

□■□

(المبدأ ٩٨) : النفقة المعجلة انما تعتبر صلة وهبه لا يجوز الرجوع فيها اذا دفعت للزوجة او القريب (لأن كل من الزوجية والقرابة مانع من الرجوع فى الهبة) اذا كانت قد دفعت بالرضاء والاختيار .

النفقة فى الأصل صلة للزوجة والأولاد والأقارب على السواء وهذا ما ذكره الفقهاء كما تضمنت نفقة الزوجية معنى آخر وهو انها جزاء الاحتباس وربما انها فى الأصل صلة فلو عجل لها النفقة اشهر ثم حدث ما أسقط النفقة عن بعض هذه الأشهر او كلها فلا وجه له فى رد ما عجله اليها .

٣٥/٣٩٠ المنيا (٣٦/٤/٢٠) ت س م ش ١٠/ ٧٨

□■□

(المبدأ ٩٩) : شرط صحة الخلع تعيين مدة التحمل .

جاء فى الجزء الأول من الفتاوى المهدية ص ٣٧٩ انه سئل فى امراة ابرأت زواجها وتحملت نفقة اولادها منه وارضاعهم فى نظر طلاقها على ذلك طلقة بائنة فهل يكون لها الرجوع عليه ومطالبته بأجرة الحضانة والنفقة

حيث لم يقع تعيين لمدة التحمل المذكورة ، اجاب فى التنوير شرط البراءة من نفقة الولد ان حددت وقتا كسنة صح ولزم ـ والا لا ، والمراد من البراءة من نفقة الولد جعل ذلك عوضا عن الخلع أو الطلاق .

٣٤٠٠/٤١ ك س مصر (٤٢/١٠/٢٦) م ش ١٤/٢٠٨

□■□

(المبدأ ١٠٠) : الشركة اذا اطلقت انصرفت شرعا الى المساواة .

اذا طلبت الزوجة الحكم بمقدار معين نفقة لها ولبنتها كان النصف لها ولنصف الآخر لبنتها ، اذا الشركة اذا اطلقت انصرفت شرعا الى المساواة .

٤٩١/٤٠ ك س مصر (٤١/١/٥) م ش ١٢/٤/١

□■□

(المبدأ ١٠١) : قبض نفقة شهر قرينة على قبض الأشهر السابقةعليه

الاعتراف بقبض متجمد النفقة عن شهر معين قرينة قاطعة على قبض المتجمد عن الشهر السابق عليه .

٥١٣/٣٧ السنبلاوين (٣٨/٤/١٩) ت س م ش ٩/٦٤٠

□■□

(المبدأ ١٠٢) : العرف القضائى على تخصيص سبع مجموع ما يقضى به للنفقة بانواعها للكسوة .

جرى العرف القضائى على تخصيص سبع مجموع ما يطلب او يحكم به للنفقة بأنواعها للكسوة ، كما جرى على تخصيص خمس مجموع ما يطلب او يحكم به لنفقة الصغير لكسوته .

٤٩١/٤٠ ك س مصر (٤١/١/٥) م ش ١٢/٤/٧١

□■□

(لمبدأ ١٠٣) : نفقة الزوجة وكذا نفقة الصغير المفروضة بالقضاء او الرضاء لا تسقط بمضى شهر فاكثر . محل تطبيق المادة (٩٩) من اللائحة اذا لم تكن النفقة مفروضة بالقضاء او الرضاء .

حيث أن المنصوص عليه أن نفقة الزوجة وكذا الصغير دينا بالقضاء ولاتسقط بمضى شهر فاكثر لذلك يكون النزاع بين المدعية والمدعى عليه غير مبنى

فى هذه على استحقاق النفقة او عدم استحقاقها اذ النفقة المفروضة بالتراضى كالمفروضة بقضاء القاضى والفقرة السادسة من المادة (٩٩) تمنع سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، والمراد بدعوى النفقة فى هذه الحالة طلب الحكم باستحقاق النفقة اما موضوع الدعوى فمبنى على ان النفقة مستحقة فعلا لرضاء المدعى عليه بتقديرها بموجب محضر الصلح الذى ادعى صدوره منه (رفض الدفع بعدم السماع) (١) .

٣١/١٥٦ الخليفة (٣١/١١/٢٤) م ش ٩٠٢/٣

□■□

(المبدأ ١٠٤) : النهى عن سماع دعوى النفقة الواردة بالفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ منصب على النفقة التى لم تفرض لا بقضاء ولا برضاء .

ان الفقرة المزيدة فى المادة رقم ٩٩ لا يقصد بها نفقة الزوجة المفروضة بالقضاء او التراضى وانما المقصود بها نفقة الزوجية التى لم تفرض لا بقضاء ولا برضاء .

على ان القول بأن النهى عن سماع الدعوى فى الفقرة المذكورة فى فى المادة ٩٩ يشمل النفقة المفروضة فعلا بالتراضى او بقضاء القاضى لا يستقيم فهمه ــ اذ كيف يتصور ادعاء الزوجة بهذه النفقة المحكوم بها فعلا بحكم قاضى ان قيل ان المعنى ان تدعى الزوجة بها مرة اخرى وتطلب الحكم على الزوج فهذا غير جائز لأن الحق المدعى اذا حكم به لا تسمع الدعوى به مرة اخرى لسبق الفصل ولعدم الفائدة اذ الحكم قائم ومشمول بالصيغة التنفيذية فما على الزوجة الا طلب تنفيذه بالطرق المتبعة ، وان قيل ان ادعاء الزوجة بهذه النفقة المحكوم بها فعلا بحكم قاضى يتصور طلبها حبس الزوج ، وقيل ان هذا من مشمولات النهى عن السماع فى المادة (٩٩) فهذا غير مقبول ايضا لاجماع القضاه على جواز طلب الحبس فى متجمد نفقة الزوجية عن مدة ماضية مهما طالت تلك المدة ما لم تمضى عليها خمس عشر سنة ، وان قيل انه يتصور الادعاء بهذه النفقة المحكوم بها فعلا بحكم قاضى من الزوجة او ورثتها على ورثة زوجها بالزامهم بأداء متجمدها من تركة مورثهم التى تحت ايديهم او من ورثة الزوجة على الزوج نفسه بطلبهم الحكم عليه بنصيبهم فى هذا الدين وقيل ان هذا من مشمولات النهى عن السماع فى المادة (٩٩) فهذا غير سائغ ايضا مادام حق الزوجة نفسها فى دين هذه النفقة قبل زوجها قائما

---

(١) راجع هامش ١ للبند ٥٨ .

ومسموعا ما لم يمض عليه خمس عشرة سنة ولها ان تطلب حبسه من اجله وتنفذ به على ماله فلا وجه لمنع الزوجة من مطالبة ورثة زوجها بهذا الحق نفسه كما لا وجه لمنع ورثتها من مطالبة الزوج أو ورثته بذلك . ومن هذا يتبين أن نفقة المدة الماضية المحكوم بها قضاء لم يقصدها واضع القانون بالنهى عن السماع فى المادة (٩٩ ، ولاشك أن النفقة المتراضى عليها حكمها حكم المقضى بها تماما كما هو معروف فقها وقانونا فلا وجه للتفريق بينهما فى الحكم ، بل أن النفقة المتراضى عليها أولى من المقضى بها بأن يلزم بها الزوج المتراضى عليها من تاريخ الاتفاق عليها لأنه التزم بها برضاه واختياره فلا ارهاق عليه فى مطالبته بها من تاريخ فرضها ــ فيتعين اذن أن يكون النهى عن السماع فى الفقرة المذكورة منصبا فقط على النفقة التى لم تفرض لا بقضاء ولا برضاء .

٣٥/٥٩٩ بنى سويف (٣٦/٣/١٧) ت س م ش ٢١٣/٨

□■□

(المبدأ ١) : البنوة من الاسباب الموجبة للنفقة بانواعها .

ان البنوة من الأسباب الموجبة للنفقة بانواعها ، ومنها بدل الفرش والغطاء ومصاريف التعليم ، اما الفرش والغطاء فلازمان لحفظ حياته من رطوبة الأرض وبرودة الجو عند النوم ، أما التعليم وعلى الأخص التعليم الأولى لمبادىء القراءة والكتابة وقواعد الحساب ، وما الى ذلك من مبادىء العلوم اللازمة لتكوين الطفل واعداده للقيام بأعباء الحياة فانه من الزم الواجبات على الأب المكلف برعاية طفله الى ان يبلغ حد الكسب بما يتناسب مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية .

٢٨/١٢٣٩ الجمالية (٢٩/٥/١٣)　　　م ش ١/٢٣٠

□■□

(المبدأ ٢) : نفقة الصغير على ابيه لا يشاركه فيها غيره ولو كان ابوه فقيرا ..

جاء فى الفتاوى الخيرية ص ٥٩ جزء أول ، سئل فى الأم المبوتة المنقضية عدتها اذا طلبت أجرة حضانتها لأولادها الصغار هل تجاب الى ذلك وأيضا اذا احتاجوا الى خادم يلازمهم ويلزم بسكناها ام لا؟ أجاب نعم تجاب الى ذلك كله ، اذ هو واجب على الأب ككسوتهم ونفقة طعامهم ، ورجح العلامة ابن عابدين وجوب سكنى الحاضنة على من تجب عليه نفقة الصغير وقال انه الأوجه والأوفق .

٤٣/٤٨٥٣ ك س مصر (٤٥/٤/٢٤)　　　م ش ٣١/٤/١٦

□■□

(المبدأ ٣) : نفقة الولد على ابيه ان كان فقيرا ، او فى ماله ان كان غنيا .

المنصوص عليه شرعا أن نفقة الولد على أبيه ان كان فقيرا ، او فى ماله ان كان غنيا ، لأنها انما وجبت على أبيه للحاجة ، وبغناه اندفعت حاجته ، فلا على غيره .

٢٨/٣١٣ أبو قرقاص (٢٩/٤/١٣)　　　م ش ٣١/٧/١

□■□

(المبدا ٤) : نفقة الصغير يؤديها والده من ماله اذا كان الصغير فقيرا ، أو من مال الصغير اذا كان موسرا ضرورة ان هذا المال تحت يد والده بولايته عليه .

بما أن المدعى هو ولى المال على ولده ، فعلى فرض أن هذا الولد غنى وله مال والمدعى هو صاحب التصرف فى هذا المال ، وهو المطالب بأداء نفقة الولد الى حاضنته من ماله ، وكذا اذا كان الولد فقيرا فوالده المدعى هو المطالب بنفقته ، فعلى كل حال لا وجه للمدعى فى دعواه ، ولا معنى لمنع المدعى عليها من مطالبته . مما قرره على نفسه باختياره نفقة للولد بحجة أن له مالا ، ويقال أطلبى من جديد الحكم عليه بنفقة للولد فى ماله لأن ولى المال هو المطالب بالنفقة على كل حال يؤدى بها من مال الصغير اذا كان له مال ، أو من مال نفسه ان لم يكن للولد مال ، وهو يملك شرعا التصرف فى مال الصغير وبيعه منقولا كان أو عقارا لأجل الانفاق عليه وعلى من تلزمه نفقته دون أن يرجع فى ذلك الى اذن قاض ، بل ان الوصى يملك ايضا ولو كان البيع بغبن يسير فلا يوجد وجه شرعى لاسقاط الوجوب عن المدعى وهو لم يدع أن تحت يد المدعى عليها مالا لهذا الولد ــ فيلزم رفض دعواه .

٢٩/٧٧٠ طنطا (١٠/١٠/٢٦) ت س م ش ١/٦٤

□■□

(المبدا ٥) : نفقة الصغير على ابيه متى كان قادرا على الكسب ولا تجب على الجد الموسر الا اذا كان الأب زمنا .

المقرر شرعا أن الأب اذا كان زمنا يلحق بالميت ، وتجب نفقة أولاده الصغار والاناث الفقيرات على الجد الموسر بلا رجوع على الأب اتفاقا ، فاذا كان فقيرا غير زمن ففى وجوب نفقة أولاده روايتان أصحهما أنها تجب على الأب ويؤمر القريب الموسر جدا أو اما أو غيرهما بالانفاق عليهم ليرجع بها على الأب اذا ايسر وعليه درج أصحاب المتون والشروح ، عملا بأصل المذهب من أنه لا يشارك الأب فى نفقة ولده الفقير احد ، كما أن الولد اذا كان غنيا والأب محتاج لم يشارك الولد أحد فى نفقة الوالد ، وفى البدائع من النفقة ــ أنه اذا كان لهم جد موسر لم تفرض عليه بل يؤمر بها ليرجع على الأب ، لأنها لا تجب على الجد عند وجود الأب القادر على الكسب ، الا ترى أنه لا تجب على الجد نفقة لابنه المذكور فنفقة أولاده أولى ــ نعم لو كان الأب زمنا قضى بنفقتهم ونفقة الأب على الجد ، وفى البحر جزء ٤ فى باب النفقة ــ الفقير لا تجب عليه نفقة غير الأصول والفروع والزوجة ــ وفى كافى الحاكم ايضا لا يجبر المعسر على نفقة احد الا على نفقة الزوجة والولد ، ونجده فى الهداية يراجع حاشية رد المحتار

على الدر المختار ص ٦٩١ ، والبحر جزء ٤ فى باب نفقات غير الزوجة ، ومعروف أن كافى الحاكم هو نص المذهب . ومن حيث انه ثبت كسب الأب وقدرته عليه بالطريق الشرعى فلا تجب النفقة حينئذ للاولاد على الجد ابتداء والوجوب هنا على الأب على الصحيح فى المذهب .

٣٢/٥٥٠ ميت غمر (٣٢/٧/١٦) ت س م ش ٦/٧٥٧

□■□

(المبدأ ٦) : نفقة الصغير على ابيه ــ ولا تصير دينا الا بالتراضى أو بقضاء القاضى .

المقرر شرعا أن نفقة الصغير على ابيه لا تصير دينا الا بالتراضى أو بقضاء القاضى والتراضى أن يتفق من له ولاية الانفاق على القاصر كالحاضنة مع من تجب عليه النفقة على قدر معين لها ، والقضاء أن يفرض النفقة من له ولاية فرضها بعد تحقق شروط الحكم من تقدم الدعوى الصحيحة من خصم على خصم .

٣٢/١٥٦٧ ك مصر (٣٣/٨/١٤) م ش ٥/٣٤٣

□■□

(المبدأ ٧) : لا تجب نفقة الصغير على غير ابيه ولو فقيرا متى كان قادرا على الكسب .

أن أقوال الفقهاء ظاهرة فى أن الوالد الفقير متى كان قادرا على الكسب كانت النفقة عليه ولا يؤمر غيره بها ووجب عليه ان يكتسب وينفق على أولاده فقد ورد فى البدائع ص ٣٥ جزء ٤ ما نصه « وأما قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الأب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة لأولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد أن كان قادرا على الكسب ، لأن الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احياؤهم ، واحياؤهم احياء نفسه لقيام الجزئية والعصبية واحياء نفسه واجب » فقوله بعد أن كان قادرا على الكسب ظاهره أنه يجب عليه أن يكتسب وينفق وقد صرح بذلك بصفحة ٣٤٣ من الجزء الثالث من فتح القدير حيث ورد ما نصه « ان الأب اما غنى او فقير والأولاد اما صغار أو كبار عاجزون والأب أيضا عاجز عن الكسب ، فالخصاف قال يتكفف الناس وينفق عليهم ، وقيل نفقتم فى بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون » فهذا يقتضى أن القريب الموسر لا يؤمر بأداء نفقة الصغار مادام والدهم قادرا على الكسب ، واكثر منه قول الخصاف أن يتكفف الناس وينفق عليهم وهو عام يشمل القادر على الكسب والعاجز عنه ولكن

صاحب البحر قيد قول الخصاف بما اذا كان الأب عاجزا عن الكسب فقد ورد بصفحة ٢٠١ من الجزء الرابع ما نصه « وان كانا فقيرين فعند الخصاف أن الأب يتكفف الناس وينفق على أولاده الصغار وقيل نفقتهم فى بيت المال ، هذا ان كان عاجزا عن الكسب وان كان قادرا على الكسب اكتسب وانفق فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا فى دين ولده وان سفل الا فى النفقة لأن فى الامتناع عن الانفاق اتلاف النفس واذا لم يف كسبه بحاجته او لم يكتسب لعدم تيسره انفق عليهم القريب ورجع على الأب اذا ايسر ومثله بصفحة ٦٨٩ من الجزء الثانى من ابن عابدين فقد قال تعليقا على قول الدر (يكتسب) لانه الواجب أولا اذ لا يجوز التكفف أى طلب الكفاف بمساءلة الناس الا عند العجز عن الاكتساب قال فى الذخيرة فان قدر على الكسب تفرض النفقة عليه فيكتسب وينفق عليهم وان عجز لكونه زمنا او مقعدا يتكفف الناس وينفق عليهم كذا فى نفقات الخصاف . وذكر الخصاف فى ادب القضاء أنه فى هذه الصورة يفرضها القاضى على الأب ويأمر المرأة بالاستدانه على الزوج فاذا قدر طالبته بما استدانت عليه وكذا لو فرضها عليه ثم امتنع مع قدرته أ. هـ. ثم علق على قول الدر (ولو لم يتيسر) بقوله « اى الانفاق عليهم أو الاكتساب قال فى الفتح وان لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ... الخ. ومثله فى البحر ثم قال وظاهره أن إنفاق القريب يثبت بمجرد عجز الأب عن الكسب وينافيه ما مر من أنه اذا عجز عنه يتكفف ، ولعل المراد انه يتكفف ان لم يوجد قريب ينفق عليهم وبه يجمع بين الروايتين المنقولتين آنفا عن الخصاف أ. هـ. ومن هذا يتبين أن الأب اذا كان عاجزا عن الكسب لزمانة أو لكونه مقعدا وله قريب موسر أمر بالانفاق عليهم فاذا لم يوجد له قريب موسر تكفف الناس وينفق واذا كان قادرا على الكسب وجب عليه أن يكتسب وينفق ولا يكون مجرد الفقر مسوغا لأمر القريب بالانفاق وفى الفتاوى الهندية ص ٥٦١ من الجزء الأول ما نصه « رجل معسر له ولد صغير ان كان الرجل يقدر على الكسب يجب عليه أن يكتسب وينفق على ولده كذا فى فتاوى قاضيخان فان ابى أن يكتسب وينفق عليهم يجبر على ذلك ويحبس كذلك فى المحيط وان كان لا يقدر على الكسب يفرض القاضى عليه النفقة ويأمر الأم حتى تستدين على زوجها ثم ترجع بذلك على الأب اذا ايسر » - وفى الفتاوى المهدية ما يطابق ذلك حيث افتى بأن والد الصغير اذا كان معسرا ولا زمانة به تمنعه عن الكسب فلا تسقط عنه بمجرد اعساره بنفقة ولده الفقير بل يتكسب وينفق عليه بقدر الكفاية فان ابا مع قدرته على الاكتساب يجبر على ذلك .

٢٢/٥٧٩ أسيوط (٢٣/٥/٣) ت س   م ش ٤/٥/٨٠

(المبدأ ٨) : نفقة الصغير الواردة فى المادتين الخامسة والسادسة من اللائحة لايراد بها سوى نفقته على ابيه أما نفقته على غير الأب كالجد والام والأخ والعم فهى من نفقات الأقارب ولذلك يرجع فى القضاء بها الى الأحكام والنصوص الشرعية الخاصة بالنفقات بين الأقارب فيكون الحكم بها قابلا للاستئناف مهما كان المقدار المطلوب أو المحكوم به .

من المبادىء التى جرى عليها العمل فى المحاكم الشرعية كلها تفسير الفقرة الثانية والفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون المحاكم بأن المقصود فيها بنفقة الزوجة ونفقة الصغير هى التى يطلب الحكم بها على الزوج ووالد الصغير وهى التى تخضع لمقدار النصاب فيكون حكمها نهائيا اذا لم تتجاوزه وابتدائيا اذا تجاوزته ، أما اذا طلبت نفقة الزوجة أو نفقة الصغير على غير الزوج ووالد الصغير بأن طلبت نفقة الزوجة من كفيل الزوج أو ممن تجب عليه ادانتها ليرجع بها على الزوج اذا أيسر أو طلبت نفقة الصغير من غير الزوج ، أو بعبارة أخرى من غير والد الصغير وهم باقى أقاربه فان الدعوى تكون ابتدائية بدون مراعاة النصاب وفى هذه الحالة تدخل دعوى نفقة الزوجة على غير الزوج كالكفيل أو من تجب عليه الادانة فى ضمن الفقرة (١١) من المادة السادسة وهى فقرة (الزوج والمواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق) وتدخل نفقة الصغير على غير أبيه فى ضمن الفقرة (٧) من المادة السادسة وهى فقرة (النفقات بين الأقارب) ولا محيص من هذا وهو ادخال نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على غير أبيه ضمن لفقرتين (١١ - ٧) المذكورتين مادام الاجماع قد جرى على اخراجهما من حكم الفقرة (٢) والفقرة الرابعة من المادة السادسة ، ولا يمكن ادخالهما الا ضمن الفقرتين السابق ذكرهما ، والقول بخلاف هذا يؤدى الى اخراجهما من حكم المادتين الخامسة والسادسة ، وبذلك لا يكون من اختصاص المحاكم الجزئية ولا قائل بهذا . ويؤيد هذا الاجماع منشور وزارة العدل رقم ٤ الصادر فى ١٩٢٢/٣/١٠ ونصه « نفقة الصغيرة الواردة فى المادتين الخامسة والسادسة من اللائحة لايراد منها سوى نفقته على أبيه ، أما غير الأب كالجد والأم والأخ والعم فهى من نفقات الأقارب ولذلك يرجع فى القضاء بها الى الأحكام والنصوص الشرعية الخاصة بالنفقات بين الأقارب فيكون الحكم بها قابلا للاستئناف مهما كان المقدار المطلوب أو الحكم به » .

١٨١٩/ ٤١ س ك مصر (٤٢/٧/٢٧) م ش ٥٥/١/١٤

□□□

(المبدأ ٩) : المعتبر في نفقة الصغير حاجته وكفاية مثله ، وفي نفقة الزوجة طاعة الزوج ـ الصلح عن نفقة الصغير جائز ، ويكون ملزما اذا كان على نفقة كفاية المثل او ازيد او انقص منها بيسير يدخل تحت التقدير .

جاء في شرح الدر بالجزء الثاني ص ٩٢٥ ما نصه « وصح صلحها على نفقتها ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير وان لم تدخل طرحت ولو على ما لا يكفيهم زيدت . قال ابن عابدين في تعليقه على هذا ، قلت تقدم متنا انه لو صالح على نفقة الزوجة ثم قال لا أطيق فهو لازم الا اذا تغير سعر الطعام ، والفرق ان النفقة في حق القريب باعتبار الحاجة والكفاية وفي حق الزوجة معاوضة عن الاحتباس ، ولذا لو مضى الوقت وبقي شيء يتقضي بأخرى ـ فهذا صريح في أن الصلح عن نفقة الصغار جائز وانه يكون ملزما اذا كان على نفقة كفاية المثل أو زيادة او نقص يسير ، أما اذا كانت الزيادة مثلا غير يسيرة كما نقل ابن عابدين في هذا الموضوع فانه يحط عن الأب أو كان النقص غير يسير يزاد الى ما يكفي فيكون الصلح ملزما فيما ذكر فعلا وغير ملـزم اذا كانت الزيادة والنقص لا يدخلان تحت التقـدير ولا يراعى في نفقة الصغار الطاقة وعدمها بل ذلك في نفقـة الزوجـة فاذا فرض نفقتها على نفسه ثم قال لا أطيق لا يقبل منه للتناقض لأن فرضهـا دليل الطاقة الا اذا تغير سعر الطعام .

٤٤/٩٨٥ ديروط (٤٥/٦/١٨) ت س م ش ٢٠/٢٢٥

□■□

(المبدأ ١٠) : نفقة الأطفال التي يطلب فرضها على الأب لطعـامهم وكسوتهم وسكناهم يلتزم بها الأب من يوم الحكم بها (١) .

نفقة الأطفـال التي يطلب فرضهـا على الأب لطعـامهم وكســوتهم وسكناهم تلزم الأب من يوم الحكم بها .

٤٣/٢٨٥٣ س ك مصر (٤٥/٢/٢٤) م ش ٣١/٣/١٦

□■□

(المبدأ ١١) : نفقة الطفل مقدمة في الفرض على نفقة الأب الفقير فتكون مقدمة في التنفيذ كذلك .

---

(١) غير القـانون هذا الحكم بالمادة ١٨ مكررا ثانيا فقرة رابعـة فنص على ان تستحق نفقة الأولاد على ابيهم من تاريخ امتناعه عن الانفـاق عليهم »

نص الفقهاء على لزوم نفقة الطفل الصغير على ابيه لأنه اجتمع للأب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليــه صدقة فطره فاختص بلزوم نفقتــه عليــه وفرضها ولو كان الأب معسرا ، وقد فاضلوا بين لزوه نفقــة الطفل الصغير والولد الكبير فأوجبوا عليهنفقةالأولاد الصغار، ففيفتاوى قاضيخان « رجل به زمانة أو به علة لا يقدر على الحرفة وله ابنة كبيرة فقيرة لا يجبر على نفقتها ويجبر على نفقة الأولاد الصغار » وذلك مع اســتواء نســبة الاولاد الصغــار والكبــار للاب وانهم جزؤه الا أن الصــغار احق بالشــفقة والرعاية ولذلك قدموا على البنت الكبيرة مع انها عاجزة عن التكسب حكما كما نص الفقهاء على انه اذا ضاق كسب الأب عن الوفاء بنفقــة طفله الصغير ونفقة ابيه فالابن احق بالانفاق عليه ، فقد جاء فى الفتاوى الهندية ص ٤١٧ من الجزء الأول « وان كان للرجل أب وابن صــغير وهو لا يقــدر الا على نفقة أحدهما فالابن احق « وفى الدر المختار شرح تنوير الأبصار ص ٦٦٢ ج ٢ ولو له أب وطفل فالطفل أحق به » ونصوا على أن الأب الفقــير اذا كان له ابن وأب موسران كانت نفقته على ابنه ولو كان الأبن صغيرا وله مال والأب فقير فنفقتــه فى مال ابنــه الصغير ، فاختص الابن بلزوم نفقة ابيــه ولا يشاركه فيها أحد فتكون نفقته على أبيه أولى بالتقدمة واحرى اذ الغنم بالغرم ، وبما أنه يبين من كل ذلك أن الفقهاء نصوا على لزوم نفقة الطفل الصغير على ابيه وانها مقدمة عند ضيق ماله على نفقة الولد الكبير ولو كان بنتا أو زمنا كما أنها مقدمة كذلك على نفقة الأب .

٥٤/٩٨١ طهطا (٥٤/١٠/٣١) م ش ١٢٠/٢٥

□■□

(المبدأ ١٢) : الفقة أن النفقة تجب شيئا فشيئا وتتجدد بتجــدد زمانها وسببها .

الفقه أن النفقة تجب شيئا فشيئا وتتجدد بتجدد زمانها وسببهــا وحاجة الصغير للسكنى كحاجته الى الطعام والكسوة وقد يأكل الصــغير مما تأكل أمه فى منزل والدها أو زوجها عم الصغير ومع هذا تفرض نفقــة طعامه على والده ، ولا يقبل الدفع بأن حاجته الى النفقــة انتفت باكله مع أمه مما تأكل منه ــ ولو جاز أن يقبل مثل هذا الدفع لما أمكن ان تســمع دعوى نفقة صغير على والده أو قريب فقير عاجز عن الكسب على قــريبه الموسر بناء على أن حاجته الى النفقة انتفت .

٤٣/٤٨٥٣ س ك مصر (٤٥/٤/٢٤) م ش ٣١/٣/١٦

(المبدا ١٣) : النفقة هى الطعام والكسوة والسكنى .

جاء فى ابن عابدين فى باب النفقـة « النفقة هى الطعـام والكسـوة (١) والسكنى » وفى اللباب للميدانى على مختصر القدورى قال هشام سألت الامام محمدا عن النفقة فقال هى الطعام والكسـوة والسـكنى ، فهـذه نصوص صريحـة الدلالة على أن نفقة الفقير « طعـامه وكسوته وسكناه » على والده الفقير لا يشاركه فيها غيره .

٤٣/٤٥٨٣ س ك مصر (٤٥/٤/٢٤)　　　م ش ٣١/٣/١٦

□■□

(المبدا ١٤) : لا تسقط نفقة الصغير عن والده مادام موجودا وقادرا على الكسب ولو فقيرا .

لا تسقط نفقة الصغير عن والده مادام موجودا وقادرا على الكسب ولو فقيرا ، وقد استثنى الفقهاء من هذه القاعدة حالة واحدة هى أن تكون للحاضنة مسكن ، فقد سئل ابو حفص عمن لها امساك الولد وليس لهـا مسكن مع الولد فقال على الأب سكناهما جميعـا (رد المحتـار على الدر المختار ص ٦٥٤ جزء ٢) .

٤٣/٤٨٥٣ س ك مصر (٤٥/٤/٢٤)　　　م ش ٣١/٣/١٦

□■□

(المبدا ١٥) : نفقة الولدالرضيع الفقـير على والده وكـذا اجـرة حضانته وارضاعه .

نفقة الولد الرضيع الفقير على والده وكذا أجرة حضانته وارضاعة.

٢٦/٩٨١ طنطا (٣٠/٣/١٨) ت س　　　م ش ٩٤٠/٢

□■□

(المبدا ١٦) : لا يجب على الأم شىء من نفقـة الصـغير ولـو كانت موسرة مادام أبوه موجودا ولو فقيرا الا اذا اندفعت حاجة الصغير .

---

(١) راجع مشـتملات النفقـة فى المادة (ق ١٩٢٠/٢٥ معـدلة بالقانون ١٩٨٥/١٠٠ .

ان نفقــة الصغير واجبة على ابيه لا يشاركه فيهــا احد وانه لا يجب على الأم شيء من هذه النفقة ولو كانت موسرة مادام ابوه موجودا ولو فقيرا والاجماع الفقهى على انه كلما اندفعت حاجة الصغير لنوع من انوع النفقة سقط هذا النوع عن ابيه فلو اكل من مسالة الناس لا يجب عليه اى شيء من نفقــة طعامه لاستغنائه حينئذ ، ولو اســتغنى عن المســكن بســكناه مع حاضنته فى مسكن لا مؤنة عليها فيه لا يحب على ابيه اجرة مسكن .

٢٩/٢٤١ كرموز (٤٠/١/١٨) م ش ١٠٦/٢/٣

□■□

(المبدا ١٧) : فرض نفقة للصغير لا يشمل بدل فرشه وغطائه .

ان بدل الفرش والغطاء ليس ملحقا بالنفقة شرعا .

٣٢/١٠١٦ بنى مزار (٣٣/١٠/١٧) ت س م ش ٩٣٨/٥

□■□

(المبدا ١٨) : لا تفرض نفقة للصــغير فى ماله الذى ثبت ادخاره له من مصروفه الشخصى .

الدفع بأن للبنت مال بصندوق التوفير ، لا أعتبار له لأنه لا يمنع من فرض المطلوب لها لجريان العادة بأن اولاد مثل هذه الطبقة يدخرون من مصروفاتهم الخصوصية جزاء منها ليتعودوا الادخار ، ومثل هذا لا تجب فيه النفقة ومع ذلك فان المدعى عليه هو الولى الشرعى للبنت يؤدى لهــا من اى مال شاء .

٣٢/٢٣٥٠ الجمالية (٣٣/١١/٢٣) ت س م ش ٢٣٦/٨/٨

□■□

(المبدا ١٩) : وجود مال للصغيرة لا يمنــع من فرض النفقــة على ابيها .

ان الدفع بأن للصغيرة مال بصندوق التوفير لا يمنع من فرض النفقة لها على والدها المستانف لأنه بحكم ولايته عليهــا فى النفس والمال مسلط

عليه شرعا ،ومن الوجهة العملية لايمكن لأحد سواه ان يسترد شيئا من المبلغ المودع بصندوق التوفير .

٣٦/١١١ ك اسيوط (٢٧/٤/٧) م ش ٢٠٨/٤/٨

□■□

(المبدا ٢٠) : نفقة الصغير الموسر في ماله ، وان كان الأب موسرا ، وانه اذا التزم بها سواه كان التزامه من قبيل التزام مالا يلزم شرعا .

من المقرر شرعا ان نفقة الصغير الموسر في ماله ، وان كان الأب موسرا وانه اذا التزم بهـا سواه ولو ابا كان التزامه من قبيل التزام مالا يلزم شرعا

٥١/١٣٩ مغاغه (٥٢/٢/١٨) م ش ٢٨٣/٢٣

□■□

(المبدا ٢١) : نفقة الصغير في ماله الحاضر الذى لا نزاع في ملكيته له ـ اما المال المغصوب فلا تفرض فيه نفقة الصـغير لأن ملكيته له محل نزاع وفرض النفقة فيه اقرار لليد المبطلة التى يجب العمل على نزع المال منها .

المقرر شرعا ان نفقة الصغير تكون في ماله الحاضر ، والمراد بهذا المال ما تكون ملكيتــه ليست محل نزاع بأن يكون تحت يد امين عليــه حتى يمكن تقدير النفقــة عليه ، اما المال المغصــوب فملكيته له محل نزاع يصح أن يثبت ويصح الا يثبت وفرض النفقة فيه اقــرار لليــد المبطلة التى يجب ازالتها أولا بنزع مال الصغير من يد غاصبه .

٢٥/٣٩٩٥ الجمالية (٢٦/١٢/٣١) ت س م ش ٦٣٧/٩

□■□

(المبدا ٢٢) : لا يمنع امتلاك الصـغير حصـة في منزل تفيض عن سكناه بمالا يكفى لنفقته وكسوته واجرة حضانته من فرض تكملة نفقتــه واجرة حضانته على قريبه الموسر .

حيث ظهر من الأوراق ان الصغيرة المطلوب لها النفقة تمتلك حصة فى منزل ورثتها عن أبيها وانها تزيد عن حاجتها للسكنى غير أن ما يزيد من هذه الحصة عن سكنها تراه المحكمة غير كاف لنفقتها ، وفى هذه الحالة يكون الواجب على الأعمام المستأنفين تكملة ما تحتاجه الصغيرة من النفقة فقط.

٣٣/٣٠١١ س ك مصر (٣٤/١٢/٢٠) م ش ٧٢٧/٦

□■□

(المبدأ ٢٣) : ولاية الانفاق تعتمد اليد الممسكه شرعا .

ولاية الانفاق تعتمد اليد الممسكة شرعا ، فاذا زالت اليد فعلا زالت تلك الولاية وانتقلت الى ذى اليد .

١٦/٤٥ محافى (٤٦/٢/١٨) م ش ٤١٨/١٧

□■□

(المبدأ ٢٤) : يحكم بنفقة الصغير لمن هو فى يده ولو تجاوز الصغير سن الحضانة .

اما ما تمسك به من الدفع بعد سماع الدعوى لتجاوز الولد سن الحضانة وكون يد امه غاصبة لا تؤدى اليها نفقة غير صحيح لأن الولد فى يدها ونفقة الصغير تؤدى الى من هو فى يده مادام فى يده للانفاق عليه ــ وحينئذ يتعين رفض ما دفع به .

٣٠/٢٤٣١ ك س مصر (٣١/١١/١١) م ش ٦٣/٣

□■□

(المبدأ ٢٥) : ولاية المطالبة بنفقة الصغير تعتمد اليد عليه فاذا زالت اليد زالت معها ولاية المطالبة بالنفقة .

ان النفقة المقررة بالحكم حق للبنت ، وانما كان للمدعى عليها حق

المطالبة بها باعتبار ان البنت فى يدها ، اما وقد زالت يدها عنها بالزواج حسب اعترافها فتزول معه ولاية المطالبة .

٣٥/١٤٢١ جيزة (٣٦/٧/١٥) ت س م ش ٨٧٧/٧

□■□

(المبدأ ٢٦) : لأم الصغير (حاضنته)حق المطالبة بنفقته واجرة حضانته ما دام فى يدها ولو كانت متزوجة باجنبى عنه وكان النزاع على بقاء يدها عليه قائما .

المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة المتزوجة باجنبى من الصغر تستحق اجرة حضانة مادام الولد فى يدها لأن هذا بمثابة تعيين العين المؤجرة فما دامت المنافع مستوفاه فالأجرة لازمة .

٣٤/٧٤٩ العياط (٣٥/١٠٠/٢٦) ت س م ش ٢٣٤/٧

□■□

(المبدأ ٢٧) : نفقة الصغير على ابيه فلا يجاب الى طلب منع حاضنته من المطالبة بها بسبق الحكم بضمه اليه مادام فى يدها .

فرض نفقة الصغير الفقير على ابيه لا يبطل مادام صغيرا فقيرا ، وحيث انه قد ثبت ان الولد فى يد الحاضنة بعد أن حكم لأبيه بضمه اليه ولا يزال فى يدها الى الآن حيث انه مادام الولد فى يدها فلها الحق فى مطالبته بنفقته المفروضة شرعا .

٣٤/٤٧٩ س ك مصر (٣٥/٤/٨) م ش ٤٦٩/٧

□■□

(المبدأ ٢٨) : اقرار ام الصغير بان الولد فى يد جدته يقضى اجابة طلب ابيه امرها بالكف عن المطالبة بنفقته من تاريخه لأن النفقة تعتمد اليد ولا يد لها على الصغير لاقرارها هذا .

حيث ان المستانفة قررت ان البنت فى يد جدتها ، ومن حيث ان استيلاءها على نفقتها يعتمد يدها ولا يد لها عليها من تاريخ الاقرار فيتعين الغاء الحكم المستانف وامرها بالكف عن المطالبة باجرة مسكن البنت المذكورة من تاريخ هذا الاقرار .

٣٤/٩٠٦ س ك مصر (٣٥/٤/٣٠) م ش ٤٦٦/٧

(المبدا ٢٩) : سكوت الام عن المطالبة بنفقة الصغير مدة طويلة قرينة على عدم احقيتها فى طلبها .

حيث انه عن نفقة الصغيرة عن المدة السابقة فان سكوتها عن مطالبة المدعى بها طول هذه المدة الى ما قبل رفع الدعوى كما يتبين من الأوراق منضما الى سكوتها هذا شهادة الشاهدين والايصالات المقدمة من المدعى اللتين يظهر منهما ان المدعى كان يؤدى نفقة البنت الى المدعى عليها والى وكيلها أن هذا كله يعتبر قرينة قاطعة على عدم احقيتها فى مطالبة المدعى بنفقة المدة السابقة .

١٤١٢/٣٥ جيزة (١٥//٣٦) ت س　　　　م ش ٨٧٧/٧

□■□

(المبدا ٣٠) : بقاء الصغير المحكوم بضمه فى يد امه لا يفوت على ابيه منفعة مالية ولا حقا شخصيا ، وانما يفوت على الصغير مصلحته التى رأى الشارع تحقيقها فى ابيه اذا تجاوز سن الحضانة فلا يسقط هذا البقاء نفقته لأن النفقة لم تجب جزاء الاحتباس والامساك فى اليد وانما وجبت لاحياء النفس وهذه الحاجة بعد حكم الضم وبلوغ الطفل سن الحضانة لا تزال موجودة فيتعين رفض طلب سقوط نفقة الصغير والكف عن المطالبة بها.

نص الفقهاء على أن حق المطالبة بنفقة الصغير تعتمد اليد لاغير فمن كان الصغير فى يده حق له أن يطلب نفقته ممن هى واجبة عليه شرعا سواء كان له الحق فى حضانته ام لا ، ويوضح ذلك ما جرى عليه عمل القضاء من ان نفقة الصغير لو كانت مقررة على غير ابيه لفقر الأب وعجزه عن الكسب فان لمن فى يده الصغير حق المطالبة بها حتى لو تجاوز سن الحضانة وامتنع من تسليمه لأبيه بعد الحكم بضمه ولا وجه لما قيل من ان المستانفه لم تمتثل حكم القضاء بضم البنت لأبيها وانها تمردت على القانون بعدم خضوعها لما اوجبه فيجب منعها من المطالبة بنفقته زجرا لها ـ لا وجه لذلك لأنه لا يصح أن يكون تنازع الأب والأم على امساك الصغير سببا فى تعطيل الانفاق عليه .

١٠٢٢/٤٠ س ك مصر (٤٢/٢/٢٣)　　　　م ش ١٢/٤/٧٥

□■□

(المبدا ٣١) : تهرب البنت من تنفيذ حكم ضمها الى ابيها غير مانع من استمرار نفقتها .

نفقة الأقارب سببها الحاجة ، فما دام هذا السبب قائما فالنفقة واجبة حتى لو ضاعت نفقة الأولاد فرض على الأب غيرها للحاجة الى

النفقة الجديدة بسبب فقد الأولىوليس من شروط وجوبهـا الاحتباس وضم الأولاد فعلا لاختصاص ذلك بنفقة الزوجة لأن نفقة الولـد تجب فى حالة صغره وهو فى يد الحاضنة وفى حالة كبره بالبلوغ وهو مستقل بنفسه عند الحاجة ، فاذا ما تهربت هذه البنت من ضمها الى ابيهـا فلا تسقط نفقتها بل تجب لقيام الحاجة لأن تهربها لا يقضى سد حاجتها اذ الغرض منها المحافظة والصيانة ومن اخص ذلك الانفاق عليها لتكون مصونة ، لأن النفقـة كمـا قيل تمقل الحرة فى بيتها ، فاذا لم تلتزم دارها نفـذ عليها حكم الضم ولا يمنعهـا ذلك من النفقة لانه حقها على اى حال والانضمام وعدمه لقيـام السببه وهو الحـاجة ولا تلازم بين عـدم الاذعان للأب فى الانضمام اليـه وبين المنع من النفقـة ، وقد بين القـانون الجزاء المرتب على عـدم الانضمام ولم يكن منه المنع من النفقة بالنسبة لغير الزوجة .

٣٢/١٦٨٩ الجمالية (٣٤/٤/١٧) ت س م ش ٧٧٩/٦

❑■❑

(المبدأ ٣٢) : اجـرة الطبيب المولـد الذى اسـتحضرته الوالدة لتوليدها تجب شرعا على والد الصغير .

الراجح فى المذهب ان اجرة الطبيب المولد على والد الصغير لأن نفقته وجبة عليه وصيانة حياته بالألى .

٥٠/٤٢٤ ك جيزة (٥١/٢/١) م ش ٢٥/ ٣٠١

❑■❑

(المبدأ ٣٣) : فرض نفقة للصغير التراضى عليهـا كالمقضى بهـا ، واجب على الأب اداؤها من تاريخ فرضها ولا تسقط بمضى المدة ـ نفقـة الأولاد من قبيل نفقة الأقارب مبناها الحاجة الحقيقة فتسقط قبل القضاء مطلقا وبعد القضاء متى مضت مدة اكثر من شهر قبل التنفيذ بها الا اذا كانت مستدانة بالفعل بعد الاذن بالإستدانة من القاضى . (راجع مادة ١٨/٢مكررا ثانيا ق ١٠٠/١٩٨٥) .

حيث ان البحث هنا ينحصر فى ان نفقة الأولاد الصـغار المفروضـة بالتراضى تلحق بنفقة الزوجة المقضى بها فلا تسقط بمضى شهر فاكثر ولو لم تكن مستدانة بأمر قاضى او لا .

وحيث ان الأصل فى نفقة الأولاد انها من قبيل نفقة الأقارب مبناها وجود الحاجة الحقيقة فتسقط قبل القضاء مطلقا وبعـد القضـاء متى مضت أكثر من شهر قبل التنفيذ بها الا اذا كانت مستدانة بالفعل بعـد الاذن بالاستدانة من القاضى ، قال فى الهداية وفتح القدير ما نصه : « واذا قضى القـاضى بالنفقـة للولد والولدين وذوى الأرحام فمضت مدة سقطت ، لأن

هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار ، بخلاف نفقة الزوجة وقد تسقط بمضى المدة الا ان ياذن القاضى بالاستدانة عليه ، هذا اذا طالت المدة ، اما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط ، قبل لا تصير القصيرة دينا والقاضى مامور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شيء وذلك الا ان ياذن القاضى بالاستدانة عليه ، واختلفوا فقيل محله فى نفقة الأقارب ما اذا اذن القاضى بالاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا لوفاء الدين اما اذا لم يستدينوا واكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا ـ والى هذا مال السرخسى ، وحكم به كثير من القضاة ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به ، وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان تكون شهرا فاقل والله سبحانه اعلم ص ٣٥٤ ج ٣ .

وحيث ان المتاخرين قد استثنوا نفقة الصغير والحقوها بنفقة الزوجة فى انها لا تسقط بمضى شهر فاكثر متى كانت مفروضة بالقضاء ولو لم تكن مستدانة . قال فى شرح الدر وابن عابدين « قضى بنفقة غير الزوجة (زاد الزيلعى والصغير) ومضت مدة شهر فاكثر سقطت لحصول الاستغناء فيما مضى الا ان يستدينها باذن القاضى ، واماما دون شهر ونفقة الزوجة والصغير فتصير دينا بالقضاء ، وذكر ابن عابدين ان ما ذكره الزيلعى نقله عن الذخيرة عن الحاوى فى الفتاوى واقره عليه فى البحر والنهر وتبعهم الشارح مع انه مخالف لاطلاق المتون وكافى الحاكم والهداية على انه فى الذخيرة صرح بخلافه .. الخ ص ٩٤٣ ج ٢ . فانت ترى من هذا ان الزيلعى الحق نفقة الصغير المقضى بها بنفقة الزوجة فى انها لاتسقط بمضى شهر فاكثر ولو لم تكن مستدانة ، وانا ارى ان الذى ذهب اليه الزيلعى صحيح ولو لم يكن منقولا عن الذخيرة وله حظه من الاعتبار ، وقد مشى عليه فى البحر والنهر وصاحب الدر ، وجرى عليه عمل القضاء (انظر مادة ٤٠٧ من الأحوال الشخصية) .

وحيث انهم لم يتعرضوا لنفقة الصغير المفروضة بالتراضى الا انى ارى الحاقها ايضا بالنفقة بها لأنهم جعلوا فى نفقة الزوجة الفرض بالرضاء كالفرض بالقضاء فتلحق بها فى حال الرضاء وهو الذى اعتقد انه الحق وقد رأيت فى الفتاوى الأسعدية للسيد اسعد المدنى مفتى المدينة المنورة ما يؤيد هذا ونصه « سئل فى امراة طلقها زوجها وهى حامل فبعد مضى مدة وضعت وجاءت ببنت فى دار والدها فمضت سنتان ونصف ولم يصلها نفقة للطفلة فطلبوا من والدها النفقة عن السنتين والنصف واجره المصرف الى انتهاء مدة الحضانة فلهم ذلك ام لا ؟ فاجاب ان سبق بينهما تداخل او تقاضل على مقدار من النفقة فلهم طلب نفقة ما مضى والا فليس لهم ذلك

واما الطلب فلها القدر الذى يقع عليه التراضى من نفقة البنت واجرة الحضانة الى انتهاء مدتها فافهم والله أعلم ص ١١٩ ج ١ .

٢٩/٢٤٩ شبراخيت (٣٠/٤/٣) م ش ٧٥/٢

□■□

(المبدا ٣٤) : المفروض بالتراضى شرعا كالمفروض بقضاء القاضى ونفقة الصغير لا تسقط فيها بمضى المدة وان لم تكن مستدانة بامر القاضى .

المفروض بالتراضى شرعا كالمفروض بقضاء القاضى ، ونفقة الصغير لا تسقط فيها بمضى المدة وان لم تكن مستدانة بامر القاضى على رأى الزيلعى المفتى والمعمول به .

٤٤/٩٨٥ ديروط (٤٥/٦/١٨) ت س م ش ٢٠/٣٢٥

□■□

(المبدا ٣٥) : النفقة المفروضة للصغير بالرضاء باشهاد شرعى كالمفروض بالقضاء .

النفقة التى قررها المدعى على نفسه فى الاشهاد باختياره لولده ، اصبحت فرضا واجبا عليه مثل النفقة المفروضة بحكم القاضى سواء بسواء .

٢٦/٧٧٠ طنطا (٣٠/١٠/٢٦) م ش ٦٣١/١

□■□

(المبدا ٣٦) : نفقة الصغر التى يفرضها له المجلس الحسبى على ابيه المحجور عليه لا تصير دينا عليه لأنها انما تصير دينا بالتراضى او بقضاء من له ولاية فرضها ولا ولاية المجلس الحسبى فى ذلك .

ان ما يفرضه المجلس الحسبى من النفقة ليس من التراضى ـ اما اعتباره قضاء تصير به نفقة الصغير دينا فيتوقف على اختصاص المجلس بهذا التقدير .. المادة ٣ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣/١٠/ ١٩٢٥ تبين اختصاص المجالس الحسبية ، وليس منها الفصل فى النفقات ومجرد كون القاضى الشرعى المختص بتقدير النفقات عضوا بالمجلس الحسبى لا يجعل المجلس مختصا لأن الاختصاص مرتب بحكم القانون للهيئات المعنية لا لعنوان الأشخاص الذين يمثلون هذه الهيئات فان القاضى الشرعى بعنوانه يراس لجنة الجبانات ولايمكن القول بان لجنة

الجبانات بحكم رئاسة القاضي الشرعي لها تختص بتقدير النفقات ، وقد نصت المادتان الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم لشرعية على اختصاص المحاكم الجزئية الشرعية بتقدير نفقة الصغير على أبيه دون تخصص فتشمل نصها هذه الحالة ، واذا فالفرض الذى يقرره المجلس الحسبي حتى مع استيفائه شروط الحكم ليس صادرا ممن له ولاية فرض النفقة فلا يترتب عليه حكم القضاء وهو صيرورة النفقة دينا .

٣٢/١٥٦٧ س ك مصر (٣٣/٨/١٤) م ش ٢٤/٥

□■□

(المبدأ ٣٧) : تقدير نفقة للقاصر بما يتفق مع مصلحته من سلطة محكمة الموضوع .

لمحكمة الموضوع تقدير نفقة القاصر بما يتفق مع مصلحته ، واذا كان البين من القرار المطعون عليه أن محكمة الاستئناف فى حدود سلطتها الموضوعية عدلت القرار وقدرت مبلغ خمسة عشر جنيها نفقة شهرية للقاصر والزمت والدته تبعا لذلك بتقديم حساب مؤيد بالمستندات عما قبضته من معاش عن مدة سابقة وقررت أنها راعت فى تقديرها ظروف الدعوى وان القاصر لم يبلغ الخامسة من عمره ، وحتى يجد فى المستقبل من المدخرات ما يكفل له الحياة الكريمة والتعليم الذى هو أهل له ، لما كان ذلك بان النعى على القرار المطعون فيه يكون فى غير محله .

نقض ٣٩/١١ ق (١٩٧٣/١/٣) س ٣٠/٢٤

□■□

(المبدأ ٣٨) : اذا عجلت نفقة الصغير ثم ضاعت او سرقت أو اسرف فيها فلازم مطالبة الأب بها بدون رجوع عليها لأنها للحاجة .

من المعلوم شرعا أن نفقة الأقارب المفروضة اذا عجلت ثم ضاعت أو سرقت أو هلكت أو اسرف فيها فيفرض له أخرى ، بخلاف نفقة الزوجة لأنها فى حق الزوجة جزاء الاحتباس وفى حق القريب باعتبار الحاجة كما يعلم من ابن عابدين ص ٧١٠ ، ٧٢٩ جزء ٢ وبما أن نفقة الصغير المطلوبة هى من قبيل نفقة الأقارب فلها الحق فى طلب فرضها متى ثبت انها ليس فى يديها منها شيء ولو كانت قد تسلمتها بالفعل .

٣٠/٢٦٢٩ كرموز (٣١/١٠/٣١) ت س م ش ٨٩٣/٣

□■□

(المبدأ ٣٩) : اذا عجل الأب نفقة الصغير للأم واجرتي حضانته ورضاعه يفرض لها بدل ما اضاعت من نفقة الصغير عند فقرها على ان يرجع عليها الأب بما فرض لها ثانيا عند يسارها ولو لم ينص على ذلك لأن الرجوع حق ثابت له بخلاف اجرتي الحضانة والرضاع فلا تستحق بدلها في حالة ضياع معجلهما مادامت قادرة على الارضاع والتربية ولم يقم بها مانع .

اذا عجل الأب للأم نفقة الصغير واجرتي حضانته ورضاعه يفرض للأم بدل ما اضاعت من نفقة الصغير عندفقرها على أن يرجع عليها الأب بما فرض لها ثانيا عند يسارها ولو لم ينص على ذلك لأن الرجوع حق ثابت له بخلاف أجرتي الحضانة والرضاع فلا تستحق بدلهما في حالة ضياع معجلهما مادامت قادرة على الارضاع والتربية ولم يقم بها مانع .

٣٦/٣١١ ك س بني سويف (٣٧/٨/١٨) م ش ٢٥٦/٨/٨

□■□

(المبدا ٤٠) : ما يعجله الأب من نفقة الصغير الى حاضنته يعتبر امانة في يدها تنفقها عليه في الزمن الذى عجلت عنه .

ما يعجله الأب من نفقة الصغير الى حاضنته يعتبر أمانة في يدها تنفقها عليه في الزمن الذى عجلت عنه فاذا خرج الولد من يدها قبل مضى الزمن المذكور كان من حق الأب استرداد ما بقى من المعجل ما لم تدع الحاضنة هلاكه بخلاف المعجل من نفقة الزوجة فانه لا يرد ولوجود ما يسقط قبل مضى زمنه .

٤٢/١١٢١ جرجا (٤٣/٧/١٢) م ش ٥٢/٨١

□■□

(المبدا ٤١) : المحكوم عليه بالنفقة له المطالبة باسقاطها متى كان محكوما بها ولو لم يطالب بها المفروض له النفقة .

المحكوم عليه بالنفقة له المطالبة باسقاطها متى كان محكوما بها ولو لم يطالب بها المفروض له النفقة فمتى كانت المدعى عليها معها حكم بالتنفيذ واجب النفاذ وواجب على المدعى عليه تنفيذه شرعا ولو لم ينفذ ، له أن يسعى في براءة ذمته مما هو محكوم عليه به ولا يكلف الانتظار تحت رحمة المدعية لتنفيذه ـ لأن الحكم لا ينقضه الا حكم وليس للايصال قوة الشيء المحكوم فيه وما هو الا دليل قابل للطعن بكل الطعون ، ومجرد اعطاء ايصال بالمبلغ لا يقطع الخصومة لأن الايصال لا يوقف المنفذ بمقتضاه التنفيذ ، بل

لا بد من استصدار حكم به ولايمنع الشخص من أن يتكافأ ما بيده مع ما بيد خصمه .

٢٨/٤٦٢ شبراخيت (٢٨/١٠/١٧) م ش ٢٢٨/١

□■□

(المبدأ ٤٢) : التحمل بنفقة الولد واجرة حضانته ما لم يكن نظير الطلاق ومقارنا له لا يعتبر شرعا .

التحمل بنفقة الولد وأجرة حضانته ما لم يكن نظير الطلاق ومقارنا له لا يعتبر شرعا وللحاضنة الحق فى الرجوع عنه ، أما فى حال حصول الطلاق نظيره فيعتبر معاوضة ليس لها حق الرجوع عنه .

٣٢/٥٥٤ ك س بنى سويف (٢٣/١٢/٧) م ش ٣٤٩/٥

□■□

(المبدأ ٤٣) : التحمل بنفقة الصغير وجميع ما يلزم له يراد به شرعا جعله عوضا فى الخلع والطلاق لأنه لا يلزم الا بذلك .

ان البراءة والتحمل بنفقة الصغير وجميع ما يلزم نظير الطلاق يراد به شرعا جعل ذلك عوضا فى الخلع او فى انطلاق كما يعلم ذلك من الاطلاع على أول المهدية ص ٣٧٩ لأن ما ذكر لا يكون لازما شرعا الا اذا كان خلعا أو بدلا عنه كما يعلم أيضا من أول تنقيح الحامدية من كتاب الخلع ص ٥٢ .

٢٤/٢٥٠ ديروط (٤٤/٢/٢٩) م ش ٧٥/٢/١٦

□■□

(المبدأ ٤٤) : السبب فى وجوب ذكر الوقت لصحة التحمل بنفقة الولد .

السبب فى وجوب ذكر الوقت لصحة التحمل هو قصد رفع الجهالة المؤدية الى حصول النزاع بين الزوجين فيما اذا كان كل واحد منهما يريد الأصلح له على حسب ما يجب فالزوجة تقول انا تحملت لمدة شهر والزوج يقول أن التحمل بأكثر من الشرط ، فشرط ذكر الوقت لمنع هذا ، واذا لم يذكر الوقت يكون التحمل باطلا للجهالة لأن الصغير يحتاج الى الطعام طول حياته كما يعلم ذلك من ابن عابدين فى كتاب الخلع .

٤٣/٢٥٠ ديروط (٤٤/٢/٢٩) م ش ٥٧/٢/١٦

□■□

(المبدأ ٤٦) : لا تجاب اجرة سكن الصغير عن مدة فيهـا الحاضـنة متزوجة لوجوب مسكنها على الزوج .

بالنسـبة لرفض اسقاط أجرة مسكن الصغير فغير صحيح لأن المدعى عليها لمجرد زواجها بالأجنبى وجبت عليه نفقتها بانواعها ومن ضمنها السكنى فقـد استغنت بذلك عن وجوب السكنى على المدعى والعلة فى وجوب أجرة مسكن الحضانة احتياج الحاضـنة لذلك فاذا زال الاحتياج زال وجـوب اجرة السكنى فكان الحكم برفض دعوى ابطال اجرة المسـكن فى تلك المـدة واجب الالغاء شرعا .

٢١/٨٠٢ ك س مصر (٣١/٧/١٧) م ش ٤٣٧/٤

□■□

(المبدأ ٤٧) : بدل فرش وغطاء الصغير من نفقته يحكم بها على والده.

بدل فرش وغطاء الصغير من نفقته يحكم به على والده .

٤٧/١٢٥٢ امبابة (٤٤/٥/٧) ت س م ش ١٥٠/١٧

□■□

(المبدأ ٤٨) : بدل الفرش والغطاء يؤدى سنويا كسائر انواع النفقات التى تفرض شهريا او سنويا حسب النصوص الشرعية .

بدل الفرش والغطاء يؤدى سنويا كسائر أنواع النفقات التى تفـرض شهريا أو سنويا حسب النصوص الشرعية .

٣٩/٢٨٥٢ س ك مصر (٣٨/١٠/٢٤) م ش ٥٥/٤/١١

□■□

(المبدأ ٤٩) : بدل فرش الصغير من نفقته فلا يمنع من فرضـه على ابيه قيام الزوجية بين ابويه .

بدل فرش وغطاء الصغير من نفقته فلا يمنع من فرضه على ابيه قيام الزوجية بين ابويه اذ المعروف عادة والمقرر طبيعة أن الطفل يجب أن يكون فى مهـد خاص يناسب حالته لا يشترك مع أمه فى فراشها وغطائها طبقا للقواعد الصحية .

٣٩/٢١٩ ك س مصر (٣٠/٩/١٢) م ش ١٠٩/٨/١١

□■□

(المبدأ ٥٠) : لاتندفع دعوى المطلقة بطلب فرش وغطاء للصغير بانه فى سن الرضاع ومثله لا يحتاج الى فرش وغطاء خاص .

لا تندفع دعوى المطلقة بطلب فرش وغطاء للصغير بانه فى سن الرضاع ومثله لا يحتاج الى فرش وغطاء خاص لأن صغره لا يمنع من احتياجه اليهما وان كان ينام مع أمه طبقا للمبادىء الصحية التى تحتم انفراده خصوصا اذا كان ظاهر حال والده الايسار .

٢٩/٢٩٥٢ س ك مصر (٤٠/٩/٨) م ش ١١/٨/١٠٨

□■□

(المبدأ ٥١) : الصلح على تخفيض نفقة الصغير بشرط الاداء (خر كل شهر .

انه عن صحة الصلح فقد نص شرعا على ان الصلح قد يكون معاوضة وقد يكون اسقاطا وقد يكون غير ذلك من التصرفات وانه تسرى عليه احكام وشروط أقرب التصرفات اليه . والصلح الذى اتمه الطرفان لا يعدو أن يكون اسقاطا لبعض المقرر لنفقة الولد وأجرة حضانته بشرط أداء الباقى اخر كل شهر واذا تأخر ثلاثة أشهر يسرى الفرض الذى بالحكمين فهو اسقاط مقترن بشرط ثم علق على شرط آخر ، ومن حيث أن الشرط المقارن صحيح والوفاء به واجب لأن الشرط الصحيح هو ما اقتضاه العقد أو ورد به الشرع أو جرى به العرف واداء القدر المصطلح عليه هو حكم الصلح ونتيجته شرعا . وبالنسبة لما علق عليه الصلح من عودة الفرض الأول عند التخلف والأداء فهذا شرط صحيح ، وعقد الصلح مع شرطه السابق كان يقتضيه بمجرد التخلف عن الأداء اخر كل شهر ــ قال فى شرح الدر وتكملة ابن عابدين فى باب الصلح عن الدين ، قال لغريمه اد الى خمسمائة غدا من الالف التى عليك على انك برىء من النصف الباقى ، فقبل وادى برىء والا عاد الدين كله ، ولو صالحه من دينه على نصفه يدفعه غدا وهو برىء مما فضل على انه اذا لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الأمر كما قال ــ ثم ذكر صورا اخرى ثلاثة للصلح عن الدين لكل منها حكم خاص غير ذلك .

٣٧/٤٠١ كوم أمبو (٣٨/١٠/٣٠) م ش ٢٧١/١٠

□■□

(المبدأ ٥٢) : نفقة الولد لا تسقط عن الأب بدين له على الأم فلا يسمع منه شرعا طلب المقاصة بين دين نفقة الولد ودين له على الأم .

الوجه الشرعى لا ينهض للمدعى فى طلبه التقاص بين نفقة بنتـه وبين دين له على المدعى عليها ، بل المنصوص ان نفقـة الولد لا تسقط عن الأب بدين له على الأم فلا تسقط ببدل الخلع مثلا ولا بغيره من سائر ديونه عليها (حاشية رد المحتار عند قول الدر فى باب الخلع) « لو خالعته على نفقة ولده شهرا مثلا وهى معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها » وبهذا يتبين ان الأب اذا طلب المقاصة بين دين نفقة الولد ودين له على الأم لا تسمع منه شرعا .

٣١/١٨٥٣ السيدة (٣٢/٩/١٩) ت س م ش ٤/٧٨٤

□■□

(المبدأ ٥٣) : نفقة الصغير هى حقـه ـ وليس لحاضـنته الا ولاية المطالبة بها وانفاقها عليه فلا تحصل المقاصة بين دينها وبين الدين الذى لأبيه على الحاضنة .

نفقة الصغير هى حقه ، وليس لحاضنته الا ولاية المطالبة بها وانفاقها عليها فلا تحصل المقاصة بين دينها وبين الدين الذى لأبيه على الحاضنة .

٣٩/١١١ جرجا (٤٠/٦/١٨) م ش ٤/٧٨٤

□■□

(المبدأ ٥٤) : لو كان للصغير مال وانفقت عليه حاضنته فلا حق لها فى الرجوع فى ماله الا اذا اذن لهـا القاضى بالانفاق واشـهدت بانها انفقت عليه لتاخذه من ماله .

المنصوص عليه شرعا انه لو كان للصغير مال وانفقت عليه حاضـنته فلا حق لها فى الرجوع فى ماله بما انفقته الا بأمرين ـ الأول اذن القاضى لها بالانفاق والثانى الاشهاد بأنها انفقت عليه لتاخذه من ماله كالوصى ان انفق من ماله يعتبر متبرعا ولا حق له فى الرجوع فى مال الصغير الا بالاشهاد .

٢٩/٣١٣ ابو قرقاص (٢٩/٤/١٣) م ش ٣١٧/١

□■□

(المبدأ ٥٥) : نفقة الصغير بعد فرضها بالقضاء او الرضاء كنفقة الزوجة فليس لمضى المدة تأثير على سقوطها .

نفقة الصغير بعد فرضها بالقضاء أو الرضاء كنفقة الزوجة فليس لمضى المدة تاثير على سقوطها - اذ من المقرر شرعا ان المفروض بالرضاء كالمفروض بالقضاء فى وجوب الأداء . وحيث أن الصحيح من المذهب ما ذهب اليه الزيلعى من اعطاء نفقة الصغير حكم نفقة الزوجة فلم يجعل لمضى المدة سلطان على سقوطها ، وعلى هذا جرى عمل المحاكم وسارت احكامها .

٣٣/٣٤٦ دشنا (٣٤/١/٢٠) م ش ٧٦٩/٦

□■□

(المبدأ ٥٦) : لايجاب طلب المنع من المطالبة بالمقرر لنفقة الصغير وأجرة حضانته عن مدة ماضية ثبت وجوده فيها بيد حاضنته ولو كانت متزوجة باجنبى .

المنصوص عليه شرعا ان الصغير متى كان فى سن الحضانة وفى يد حاضنته فلها الحق فى المطالبة بنفقته وأجرة حضانته ولو تزوجت بأجنبى (رسائل ابن عابدين جزء أول ص ٢٧٤) ومن حيث انه مع اعتراف المدعى بأنه لم يدفع المقرر لها من تاريخ التصالح (لأنها اصبحت لاحق لها فى امساك البنت لزواجها بأجنبى) لم يتحقق شرط الصلح المعتبر بين المتصالحين ولا حق للمدعى فى طلب ابطال الحكم من التاريخ المشار اليه .

٣٢/٨٢ كفر صقر (٣٢/٢/٢١) ت س م ش ٩٦٤/٦

□■□

(المبدأ ٥٧) : النفقة المفروضة للصغير بالتراضى او بالقضاء كل شهر تصير دينا صحيحا بدخول أول الشهر وتصح الكفالة به حينئذ .

ان نفقة الصغيرة مفروضة كل شهر على والدها بالتراضى وهى كنفقة الزوجة المفروضة بالتراضى أو بالقضاء فى عدم السقوط بعد الفرض بمضى المدة بلا استدانة بأمر القاضى على ما ذكره الزيلعى ونقله عن الذخيرة عن الحاوى فى الفتاوى واقره عليه فى البحر والنهر وعليه عمل القضاء ، فتصير دينا صحيحا واجب الأداء بدخول أول الشهر حتى انه يصح فيها الابراء من نفقة الشهر الذى دخل أوله لأن النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة فلما فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر فما لم يتجدد الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر التالى واجبة (ص ٧٠٩ ، ٧١٥ ، ٧٤٤ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين) وحينئذ تكون الكفالة بنفقة الشهر الحاضر الذى دخل أوله صحيحة لأنها

منجزة لم تؤقت بوقت وبمال قد وجب فعلا على الأصيل وهو دين لا يسقط الا بالأداء أو الابراء ـ اما الكفالة بالنفقة المستقبلة التى لم يدخل وقتها فغير صحيحه لأنها كفالة بما لم يجب بعد وليست مضافة الى سبب الوجوب ولا معلقة عليه ، قال قاضيخان فى الفتاوى الخانية ما نصه (وان كفل للمراة رجل بنفقة كل شهر لم يكن كفيلا الا بنفقة شهر واحد وهو بمنزلة ما لو اجره داره كل شهر كانت الاجارة فى شهر واحد حتى كان لصاحب الدار أن يخرجه من الدار اذا جاء راس الشهر .. الخ) وقد ذكر مثل ذلك الصدر الشهيد فى شرحه ادب القاضى للخصاف والامام محمد رضى الله عنه فى كتاب الأصل والحاكم الشهيد فى مختصره الكافى وشمس الأئمة السرخسى فى مبسوطه وبرهان الدين فى الذخيرة لأن كلمة « كل » اذا أضيفت الى ما لا يدرك ولا يعرف منتهاه يكون المراد بها الواحد وهو شهر هنا ـ وهذا مذهب الامام الأعظم ابن حنيفه عنه وهو القياس .

٣٧/٨٢٦ دسوق (٣٨/٨/١٤) م ش ٩/٩٣٥

□■□

(المبدا ٥٨) : اذا كان للصغير ام وجد لاب وليس له عصبة سواه فالنفقة على الجد والأم ثلثاها على الجد والثلث على الأم ، فان كان للصغير عصبة كالأعمام والأخوة وابنائهم فالنفقة على الجد وحده لانه ينزل فى هذه الحالة منزلة الاب ، وهو اذا وجد لا يشاركه احد فى نفقة اولاده .

اذا كان للصغير أم وجد لأب وليس له عصبة سواه فالنفقة على الجد والأم ثلثاها على الجد والثلث على الأم ، فان كان للصغير عصبة كالأعمام والأخوة وابنائهم فالنفقة على الجد وحده لأنه فى هذه الحالة ينزل الجد منزلة الأب ، وهو اذا وجد لا يشاركه أحد فى نفقة أولاده ، وقال ابن عابدين ولو وجد معها (أى مع الأم ، جد لأب بأن كان للفقير ام وجد واخ عصبى أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الجد وحده كما صرح فى الخانية ووجه ذلك ان الجد يحجب الاخ وابنه والعم لتنزيله حينئذ منزلة الأب ، وحيث تحقق تنزيله منزلة الاب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة ، فهكذا اذا كان موجودا حكما فيجب على الجد فقط بخلاف ما لو كان لفقير ام وجد لأب فقط فان الجد لم ينزل منزلة الأب فلهذا وجبت النفقة عليهما اثلاثا فى ظاهر الرواية ص ٩٢٦ جزء ٢ .

٢٨/٣١٠ شبراخيت (٢٩/١٢/٢٦) م ش ٣٢٧/١

□■□

(المبدأ ٥٩) : اذا اجتمع فى قرابة الصغير جد لأم وعم فلا يقال ان الجد لأم اقرب من العم فتجب عليه النفقة لأن هذا انما يكون عنده عدم وجود الأم ، فاذا وجدت سقط اعتباره لأنها أقرب منه .

ان الجد لأم مقدم على العم فى وجوب النفقة ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا لم تكن الأم موجودة ، اذ ان الجد لأم يسقط اعتباره معها لأنها أقرب منه الى الأولاد المطلوب لهم النفقة ولانها وارثة وهو غير وارث والمعتبر الارث ، كما نص على ذلك صاحب البحر وأيده ابن عابدين وهو الموافق للقواعد التى ذكرها الفقهاء فى احكام النفقة ، ولا يقال أن الأم تدعى أنها معسرة واعسارها يجعلها كأنها معدومة لان القريب المعسر لا يعتبر فى موضوع النفقة كالميت الا اذا كان يحرز كل الميراث أما اذا كان لا يحرز كل الميراث فانه يعتبر موجودا لمعرفة قدر ما يجب على الموسرين من الأقارب ثم تجعل النفقة كلها على الموسرين حسب انصبائهم فى الارث فقد جاء فى الخانية وغيرها من معتبرات كتب المذهب ما نصه « اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر فان كان المعسر يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم وان كان لا يحرز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لاظهار قدر ما يجب على الموسرين على اعتبار ذلك .

١٧٨٤/٣٩ س ك مصر (٤٠/٤/٢٥)   م ش ٧٩/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٦٠) : يقوم الجد لأب مقام الأب اذا وجد معه ومع الأم اخ عصبى او ابن اخ او عم وحينئذ تجب عليه نفقة الصغير وحده ولا تشاركه الأم ولو كانت موسرة لأن الجد يحجب الاخ وابنه والعم لتنزيله منزلة الأب .

وحيث ان المدعى عليه جد لهؤلاء الصغار لأبيهم وهو ينزل منزلة الأب هنا فتجب عليه النفقة والحضانة وحده ، كما حققه العلامة ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار على الدر المختار فى القسم السادس من نفقة الفروع والأصول اذ قال « ولو وجد معها جد لأب فان كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن اخ أو عم كانت النفقة على الجد وحده كما صرح به فى الخانية ــ ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله منزلة الأب وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان موجودا حقيقة واذا كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة فتجب على الجد فقط .

٩١١/٥٤ طهطا (٥٤/١٠/٣٠)   م ق ١١٧/٢٥

□■□

(المبدأ ٦١) : لا تزل احكام الجد فى غير الميراث على ما هى عليه فى مذهب ابى حنيفة من حيث وجوب النفقة عليه وحده او عليه مع غيره ونسبة الواجب منها وتقديمه على الأخ فى ضم الصغير والصغيرة وفى الولاية على النفس الى غير ذلك من الأحكام .

قانون المواريث الجديد الذى نص على « ان الجد يقاسم الأخوة فى الميراث وجعله كأخ اذا كانوا ذكورا فقط واناثا أو اناثا عصبن مع الفرع الوارث من الاناث الخ » لا يغير من احكام النفقة المنصوص عليها فى مذهب الحنفية لأن العمل بهذا النص القانونى يعتبر استثناء من وجوب العمل بأرجح الأقوال فى مذهب ابن حنيفة والاستثناء لا يتوسع فيه بل يقتصر فيه على موضع النص ولا تملك السلطة القضائية استنتاج تشريع اخر بناء على هذا التشريع الخاص بالميراث وعلى ذلك لا تزال أحكام الجد فى غير الارث على ما هى عليه فى مذهب ابن حنيفة من حيث وجوب النفقة عليه وحده أو عليه مع غيره ونسبه الواجب منها وتقديمه على الأخ فى ضم الصغير والصغيرة وفى الولاية على النفس الى غير ذلك من الأحكام .

٤٩/٦٥ ك س بنى سويف (٥٠/٦/١١) م ش ٣٨٣/٢١

□■□

(المبدأ ٦٢) : انه مع السليم بان النصوص الفقهية تقضى بان الصغيرة التى فرضت لها النفقة على والدها وهى فى يد والدتها التى تتولى الانفاق عليها تسقط نفقتها فيما مضى فان ذلك بلا ريب خاص بالنفقة التى صارت دينا على الأب ولم تقبضها الأم فعلا .

انه مع التسليم بان النصوص الفقهية تقضى أن الصغيرة التى فرضت لها النفقة على والدها وهى فى يد والدتها التى تتولى الانفاق عليها تسقط نفقتها فيما مضى ، فان ذلك بلا ريب خاص بالنفقة التى صارت دينا على الأب ولم تقبضها الأم فعلا .

٢٧/٢٨٩ الأزبكية (٢٩/١/٦) م ش ٤٢٥/١

□■□

(المبدأ ٦٣) : نفقة الصغير للنفقة لا للصغير فلا تسقط بموته ولا بموت من فرضت عليه لأنها صارت من قبيل القرض والدين لا من قبيل النفقة والصلة .

المنصوص عليه انه لو قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة شهر او اكثر سقطت الا ان يستدين بامر القاضى

وينفق منها فانها لا تسقط هــذا هو الحكم فى نفقة الاقارب لا فرق فى ذلك بين صغير وكبير وهو ما جرى عليه أكثر الفقهـاء وورد فى كافى الحاكم وشرح أدب القاضى والهداية وعامة الكتب وعليه اطلاق المتـون والشروح غير انصاحب الحاوى نقل من الفتاوى ما يدل على استثناء الصغير ، ونقل عنه فىالذخيرة والزيلعى واقره فى البحر والنهـر وعليه عمل القضـاء من زمن بعد لأنه ارفق بالنساء واختيار هذا القول يسـتلزم حتما الا تسقط نفقة الصغير بعد فرضها بمضى المدة ولا بموت الصغير ولا بموت من فرضت عليه النفقــة كما يتضح ذلك مما يلى . ان الصغير لا يتصـور أن يثبت له هو دين نفقة على ابيه أو قريبه فان الحاضنة ان انفقت عليه من مســألة الناس أو من مال وهب له أو نحو ذلك فقد اندفعت حاجة الصغير بذلك ولم يثبت له دين نفقة حتى يقال بسقوطه ، وان انفقت عليه من مالها هى واعتبرناها متبرعة فـكذلك ، وان انفقت من مالهــا وان كان مســتدانا ولم نعتبرها متبرعة واقمنا حكم القاضى بالنفقة وحاجة الصغير اليها وتسليطهـا على الانفاق مقام الاذن بالانفاق وجعلنــاه قرينة على عـدم ارادة التبرع واثبتنا لها حق الرجوع على القريب بما انفقت لم يكن هذا الدين للصغير لانه استوفى حقه بالانفاق عليه فلم يبق له شىء حتى يكون الدين له وانمـا يكون الدين لمن انفقت عليه وتكون كمن اذنه الأب بالانفاق على أولاده فانفق عليهـم فان الـدين يكون لـه لا لـلاولاد و لايكون فى حقيقـة الأمـر دين نفقة وانما هو دين قرض أو شبه قرض ، هــذا المعنى الأخـير هو الذى يقتضيـه الاسـتثناء ويدل عليــه ما جاء فى اوائل نفقـات ذوى الأرحام من التتارخانية ونصه « سئل أبو بكر عن صبى بين الأبوين فرض القاضى له النفقة على الأب فاجتمعت النفقــة وكانت الأم تنفق من مالهــا ، قال لها أن تطلب مقدار ما انفقته بعدما فرض القاضى فهى انما تطالب بمالهــا الذى انفقته لا بنفقة هى للصغير فهى تطالب بدين لها لا له » ونص التتارخانية كما رايت مطلق لم يقيد بحياة الصغير او الاب فهو يثبت لها المطالبة مطلقا حيا كان الأب أو الصغير او ميتا ، غير انه ورد فى تقرير الرافعى ما نصه « ثم رأينا فى نهج النجاة عن التتارخانية انه فى حياة الأب لهـا الرجـوع عليه بما انفقته من مالها على الصغير بعد الفرض » لكن التقييد فى هــذا النقل بحياة الاب لا عبرة به بعد أن وقفت على عبارة التتارخانية مطلقـة ونقلت عنها كذلك فى الأنقروية وغيرها وهو الذى يؤيده المعنى الذى قدمناه من أنها ترجع بدين لها هى لا للصغير وهذا لا يتأثر ببقاء الصغير او بموته و لا ببقاء القريب او هلاكه ، فظهر من كل هذا ان الجرى على المختار فى نفقة الصغير كما يقتضى عدم السقوط بمضى المدة بعد الفرض يقتضى عدم السقوط اذا مات الأب أو الصغير لأن الدين دين نفقــة لا دين الصغير وهو وان كان أصل وجوبه للصغير من باب النفقة والصلة فقد صار وجوبه على

الأب المنفعة من باب القرض والدين ، ومن المحال ان نقول ان نفقة الصغير لا تسقط بمضي المدة ونقول ان الدين دين نفقة ثم نقول بعد ذلك انه يسقط بموته فانه من باب الصلة ومن هذا يظهر انه لا حجة لمن يقول بسقوط نفقة الصغير بموته فيما جاء في البحر ، وعبارته (وفي الواقعات اذا فرض نفقة الأب أو الابن فلم يقبض سنتين ثم أيسر او مات تبطل لأن هذا صلة من وجه فلا يصير دينا من كل وجه أ. هـ) - ولا يخفى أن تعليق البطلان على اليسار او الموت ليس بقيد لما ذكرناه ، ذلك لأن قول الواقعات (فلم يقبض) دال على انه وضع المسالة في الابن الكبير وهو الذي يكون دينه دين نفقة وهو الذي يمكن ان يجري فيه التعليل الذي ذكره وهو أن هذا صلة من وجه . على أن تعليق ابن نجيم يدل على ان الكلام في الكبير الذي تسقط نفقته بمضي المدة او انه في الكبير والصغير ويكون جاريا على غير المختار من استثناء الصغير ، ومنه ومما تقدم يتضح أن لا دخل لموت المقضي له صغيرا كان او كبيرا في اسقاط النفقة اللهم الا اذا كانت نفقة مدة اقل من شهر وكانت للكبير . كما انه لا حجة لهم فيما يقال من أن الصغير قد استثني والحق بالزوجة فلا تكون نفقته ارقى حالا من نفقتها حيث نصوا على أن نفقة الزوجة المقضي بها تسقط ان لم تكن ماذونا باستدانتها لأنها صلة من وجه -فتبطل بالموت كالهبة وتبطل بالموت قبل القبض فمقتضى الالحاق والتعليل ان تسقط نفقة الصغير بالموت مثلها بل نفقة الصغير أولى لأنها صلة محضة ، وذلك لأن نفقة الزوجة تكون لها وهي دين نفقة فيصح ان يقال فيها انها صلة من وجه ، اما نفقة الصغير فليست له وانما هي للمنفعة ووجوبها عليه لها ليس من باب النفقة والصلة ولكن من باب دين ثبت بما يشبه القرض فافترقا في ذلك ، ولا حجة لهم ايضا في النص على أن النفقة المقضي بها غير المستدانة تسقط بوفاة من وجبت عليه فان كان النص خاصا بالكبير فالفرق واضح مما قدمنا ، وان اعتبرنا اطلاقه وانه شامل الصغير وجب أن نكون جاريا على ما عليه الأكثرون وانه غير متفرع على القول المختار لما بينا سابقا . ولا حجة ايضا فيما افتى به العلامة المهدي مفتي الديار المصرية الاسبق من سقوط نفقة صغيرة بموتها فانه رغما من عدم تصريحه بسقوط المدة الماضية لم يعتمد على نص خاص ويجب حمله على انه جار على قول الاكثرين لا على القول المختار الذي جرى عليه القضاء من استثناء الصغير ومع ذلك ففتواه هذه معارضة لفتوى العلامة مفتي الديار المصرية الحالي ٣١/١/٣٠ التي استعرض فيها الرأيين ورأى ان القول بعدم السقوط هو القول الأعدل . هذا هو مبلغ ما وقفنا عليه من النصوص وتعليلاتها بما يصح أن يكون حجة لمن يقول بسقوط نفقة الصغير بموته ولم نجد سواه وقد عرفت ما فيه وانه لا يقوم

به حجة مع اختيار القضاء لاستثناء نفقة الصغير واثبات الرجوع للام بما انفقت وان لم تؤذن بالاستدانة .

٣٥/٦٧٥ طنطا (٣٦/٢/٣٥) ت س م ش ٢٠٩٣/٧

❑■❑

(المبدأ ٦٤) : لا تسقط نفقة الصغار بمضي شهر ، وليس بلازم لاستحقاقها ان تكون مستدانة .

المتاخرون من الفقهاء قد استثنوا نفقة الصغير والحقوا حكمهما بحكم نفقة الزوجة فى انها لا تسقط بمضى شهر فاكثر متى كانت مفروضة بالقضاء او متراض عليها ولو لم تكن مستدانة باذن القاضى على ما نقله الزيلعى عن الذخيرة عن الحاوى فى الفتاوى واقره عليه فى البحر والنهر وتبعهم الشراح (رد المحتار جزء ٢ ص ٧٠٤) ، ولم يقيد احد من الفقهاء عدم السقوط بما اذا كانت مفروضة على الأب ، ومجرد ذكر الأب فى بعض الفروع لا يصلح دليلا على انها اذا كانت مفروضة على غيره تسقط بمضى المدة ، وقد اعتمد الفقهاء هذا الراى الذى نقله الزيلعى ومن معه وجرى عليه عمل القضاء لأنه الأوفق والأعدل وقال الحكم : الواقع ان الصغير لا يتصور أن يثبت له دين نفقة على ابيه او قريبة ، فان الحاضنة ان انفقت عليه من مسالة الناس او من مال وهب له او نحو ذلك ، فقد اندفعت حاجة الصغير بذلك ولم يثبت له دين نفقة حتى يقال بسقوطه . وان انفقت من مالها هى واعتبرناها متبرعة فكذلك ان انفقت من مالها وان كان مستدانا ولم نعتبرها متبرعة واقمنا حكم القاضى بالنفقة وحاجة الصغير اليها وتسليطها على الانفاق مقام الاذن بالانفاق وجعلناها قرينة على عدم ارادة التبرع واثبتنا لها حق الرجوع على القريب بما انفقت ، لم يكن هذا الدين للصغير لأنه استوفى حقه بالانفاق عليه ، وتكون كمن اذنه الاب بالانفاق على اولاده فانفق عليهم فان الدين يكون له لا للأولاد ، ولا يكون فى حقيقة الأمر دين نفقة انما هو دين قرض او شبه قرض — وهذا المعنى الأخير هو الذى يقتضيه الاستثناء ويدل عليه ما جاء فى اوائل فصل نفقة ذوى الأرحام من التتارخانية ونصه « سئل ابو بكر عن صبى بين الابوين فرض له القاضى النفقة على الأب فاجتمعت النفقة وكانت الأم تنفق من مالها ؟ قال لها ان تطلب مقدار ما انفقته بعد ما فرض القاضى فهى انما تطالب بمالها الذى انفقته لا بنفقة هى حق الصغير ، فهى تطالب بدين لها — لا له » — ونص التتارخانية مطلق لم يقيد بحياة الصغير او الأب فهو يثبت لها المطالبة مطلقا حيا كان الأب او الصغير او ميتا . وغير

انه ورد فى تقرير الرافعى ما نصه « ثم رأينا فى نهج النجاة عن التتارخانية انه فى حياة الأب لها الرجوع عليه بما انفقته من مالها على الصغير بعد الفرض » لكن التعبير فى هذا النقل بحياة الأب « لا عبرة به بعد أن وقفت على عبارة التتارخانية مطلقة ونقلت عنها كذلك فى الانقروية وغيرها ، وهو الذى يؤيد المعنى الذى قدمناه من انها ترجع بدين لهـا هى لا الصغير ، وهذا لا يتأثر ببقاء الصغير أو موته ولا ببقاء القريب أو هلاكه .. الخ .

٤٤/١٧٦ الفيوم (٤٥/٧/٢) م ش ٥٩/١٧

□■□

(المبدأ ٦٥) : لا تسقط نفقة الصغير المفروضة على اعمامه بمضى شهر فاكثر .

ان محكمة أول درجة بنت حكمها بسقوط متجمد نفقة الصغير فى المدة المذكورة على أن الحكم الشرعى يقضى بأن نفقة الصغير كنفقة سائر المحارم تسقط بمضى شهر فاكثر اذا كانت مفروضة على غير الأب وكانت غير مستدانة الى آخره ــ ومن حيث أن ما ذكر خلاف ما جرى عليه الزيلعى واعتمده الفقهاء وجرى عليه عمل القضاة ، فقد الحق الزيلعى نفقة الصغير بحكم نفقة الزوجة فى انها لا تسقط بمضى المدة سواء اكانت مستدانة أم غير مستدانة وسواء اكانت مفروضة على الأب أم على غيره ممن تجب عليهم نفقته شرعا ولم يقيد ذلك أحد الفقهاء بأن محل سقوطها اذا كانت مفروضة على الأب كما ذهبت اليه محكمة أول درجة ومجرد ذكر الأب فى الفرع الذى ساقته المحكمة لا يصلح دليلا على انها اذا كانت مفروضة على الأب تسقط بمضى المدة كما هو مقرر من أن المثال لا يخصص

٣٠/٥٤٠ س ك بنى سويف (٣١/١١/٩) م ش ٣/٨٤٩

□■□

(المبدأ ٦٦) : المذهب يقضى بسقوط نفقة الصغير والصغيرة بعد الفرض بمضى المدة بلا استئذان بامر القاضى ، وما ذكره الزيلعى وان كان ارفق لكنه مخالف اطلاق المتون والشروح وكافى الحاكم .

حيث ان حكم النفقة ليس فيه اذن بالاستدانة والمقدر فيه هو الكفاية وقد جرى العرف على أن الولد الفقير الذى فى سن الحضانة يتبع امه الفقيرة بعد انفصام عرى الزوجية ويأكل بلا استدانة معها فى البيوت التى تقيم فيها ــ فلا تجب نفقته على ابيه كمن يأكل بالتبرع أو سؤال الناس وتدنص فى ص ٥٨١ جزء أول من الفتاوى الهندية على انه اذا فرض القاضى النفقة على الأب ولم تستدن الأم واكل الولد بمسألة الناس لا

نرجع على الأب بشيء وانه فضـلا عما ذكر فان المذهب يقضي بسـقوط المتجمد هنا ــ وما ذكره الزيلعي من أن نفقة الصغير كنفقة الزوجة في عدم سقوطها بعد الفرض بمضي المدة بلا استئذان بامر القاضي وان كان ارفق مخالف لاطلاق المتون والشروح وكافي الحاكم (ص ٩٤٣ جزء ٢ من رد المحتار) .

٣١/٢٤١ ابنوب (٣٢/٣/١٢) م ش ١٩٤/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٦٧) : لا يسقط المتجمد من نفقة الصغير بوفاته .

نص الفقهاء على انه لو قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الأرحـام بالنفقة فمضت مدة شـهر أو اكثر سقطت الا ان يسـتدين بامر القاضي ويتفق منها فانها لا تسقط . هذا هو الحكم في نفقـات الأقارب لا فـرق بين صـغير وكبـير غير ان صـاحب الحاوى نقل عن الفتاوى ما يدل على استثناء الصغير واقره في البحر والنهـر وعليه عمل القضـاء لأنه ارفق بالنساء وعليه لا يسقط ما تجمد لنفقة الصغير بعد فرضها بموته ولا بموت من فرضت عليه .

ومن حيث ان الدين لا يتصور أن يثبت للصـغير على ابيه او قريبه فان انفقت عليه الحاضـنة من مال وهب له أو من مسـالة الناس فقـد اندفعت حاجته فلا يـكون هناك دين يقال انه سقط وان انفقت عليه من مالها وكانت متبرعة فليس هناك دين ايضا يقال بسقوطه اما اذا انفقت عليه من مالها أو من مـال اسـتدانته فهو دين لها هي لا للصـغير في ذمة المحكوم عليه ولو لم تؤذن بالاستدانة لأن الصغير قد استوفى حقه بالانفاق فلم يبق له شيء حتى يكون الدين لمن انفقت عليـه وليس هو في الحقيقـة دين نفقة وانما هو دين قرض أو شبه قرض ــ (١) بحكم القاضي بالنفقة . (٢) وحاجة الصغير لها . (٣) تسليطها على الانفاق كله يقـوم مقام الاذن بالانفاق ويكون قرينـة على عـدم ارادة التبرع وقد جـاء في التترخانيـة « سـئل أبو بكر عن صبي بين الأبوين فرض القـاضي له النفقـة على الأب فاجتمعت النفقة وكانت الأم تنفق من مالها ؟ قال لها ان تطلب مقـدار ما انفقته بعد ما فرض القاضي فهي انمـا تطالب بدين لهـا لا له » وهو نص مطلق فريد يثبت لها حق المطالبة مطلقا حيا كان الصغير او ميتا ــ ولا يقال أن نفقـة الصـغير لا تكون ارقى حـالا من نفقـة الزوجـة المقضي بهـا فان نفقتهـا المقضي بهـا نص الفقهـاء عـلى انهـا تسـقط ان لـم تـكن ماذونة باستدانتها لأنها صلة من وجه فتبطل بالموت كالهبـة فانهـا تبطل بالموت قبل القبض ، اذ الفارق بينهما ان نفقة الزوجة دين نفقة فهي صلة

من وجه اما نفقة الصغير فليست دينا له وانما هى دين لمن قامت بالانفاق عليه وليست دين نفقة كما قدمنا . انما هو دين شبيه بالقرض حيث ان المتعارف عليه والمسلم به ان الحاضنة التى صدر لها حكم على الأب او القريب بنفقة الصغير وحضانته من غير اذن بالاستدانة لها أن تنفذ على المحكوم عليه عن مدة ماضية كبرت المدة او صغرت ولم يقل احد بسقوط ما فرض للصغير لاندفاع حاجته ولأنه لم يأذن بالاستدانة وانما العمل القضائى على انه يحكم لها بالطلبات ويحبس المحكوم عليه او ينفذ عليه بطريق الحجز لأن المعتبر فى هذه الحالة أن الدين أصبح لمن قامت بالانفاق لا شأن للصغير الذى استوفى حاجته به وفق ذلك فانه يصير دينا شبيها بالقرض لا دين نفقة فكذلك ما تجمد للصغير قبل وفاته حكمه كحكمه فلا يسقط ما تجمد لنفقته بمجرد وفاته اذ لا يكون لوفاة الصغير أثر فى اسقاط حق ثابت للغير وهو دين النفقة .

١٨٨/٥١ قنا (١٦/١٠/٥١) م ش ٢٢/٦٨٠

□■□

(المبدأ ٦٨) : نفقة الصغير كنفقة الزوجة لا تسقط الا بالأداء او الابراء فلا تمنع الحاضنة من المطالبة بها عن مدة سابقة على وفاة الصغير لأنها صارت دينا لها فى مقابل ما انفقت على الصغير ولو لم تؤمر بالاستدانة اذا امر الأب بالأداء اذن للذى اليد ضمنا بالانفاق .

نص فى الزيلعى نقلا عن الحاوى على أن نفقة الصغير كنفقة الزوجة حكما لا تسقط الا بالأداء او الابراء ، وهو الذى عليه العمل لأنه أرفق بالنساء ، وبما ان اختيار هذا القول يستلزم حتما الا تسقط نفقة الصغير بعد فرضها بمضى المدة ولا بموت الصغير بل يبقى ما تجمد من نفقة حقا لمن ولى الانفاق عليه به ـ وظاهر ان المدعية بحكم وجود البنت فى يدها الى يوم وفاتها وقد انفقت عليها ما يعدل ذلك المتجمد من مالها ضرورة ان أمر والد البنت المدعى عليه بأداء فرض نفقتها اذن من القاضى ذى الولاية عليه المدعية بالانفاق على البنت ضمنا ، وبالتالى اثبات الرجوع للام بما انفقته عليها قبل موتها لتمخض ما انفقته على البنت دينا صحيحا كدين نفقة الزوجة فيثبت ما يثبت للزوجة وفق ما تقدم من ذلك القول المختار الذى استثنيت به نفقة الصغير من نفقات الأقارب وان لم تؤذن بالاستدانة عليه تسوية المقيس على المقيس عليه ونفيا لاختلافهما من وجه .

١٤١٢/٣٥ جيزة (١٥/٧/٣٦) م ش ٧/٨٧٧

□■□

(المبدا ٦٩) : نفقة الأولاد الصغار اذا لم يؤذن في الحكم باستدانتها تبطل ويسقط المتجمد منها بوفاة المحكوم عليه .

ان الحكم المنفذ هو بنفقة صغار على والدهم ولم تؤذن المحكوم لها بالاستدانة فى هذا الحكم فموت والد الولدين يبطل هذا الحكم ويسقط المتجمد منه شرعا ولا يصح لها بعد تنفيذه على الورثة بحال .

٣١/٣٤٢ دكرنس (٣٢/٣/٩) ت س م ش ٤/٢٢٦

□■□

(المبدا ٧٠) : النص الشرعي الذى قضى بان الصغار اذا أكلوا من مسالة الناس سقطت نفقتهم المفروضة فعلا اذا مضت مدة أكل فيها الصغار من مسالة الناس فانها تسقط فى تلك المدة لحصول الاستغناء فيما مضى (١) .

النص الشرعى الذى قضى بأن الصغار اذا أكلوا من مسألة الناس سقطت نفقتهم وارد على النفقة المفروضة فعلا اذا مضت مدة أكل فيها الصغار من مسالة الناس فانها تسقط فى تلك المدة لحصول الاستغناء فيما مضى (ابن عابدين فى باب النفقة) .

٤٣/٤٨٥٣ س ك مصر (٤٥/؟/٢٤) م ش ٣١/٣/١٦

□■□

(المبدا ٧١) : يسقط دين نفقة الصغير المفروضة ، بموته .

المنصوص عليه شرعا أن الأم اذا انفقت على الصغير من مالها او استدانت للانفاق عليه بدون اذن من القاضى بالانفاق أو الاستدانة لا ترجع على الأب بما انفقت وان كانت النفقة مفروضة للصغير . فاذا اجتمع فى نفقة الصغير مقدار عن مدة مضت كانت الأم قائمة فيها بالانفاق عليه بدون اذن لا يكون هذا الدين لها لأنهلا رجوع لهاولا يقضى للصغير أيضا لأنها كانت بهذا الانفاق متبرعة وقد زالت حاجته بهذا التبرع فيسقط ما اجتمع من نفقة كما هو منصوص شرعا ، وعلى فرض قيام هذا الدين وعدم سقوطه بتبرع المنفق فالمنصوص عليه شرعا انه اذا فرض القاضى النفقة للابن واجتمع قدر لم يقبضه واسر أو مات سقط لأن هذه النفقة صلة فلا يكون دينا من كل وجه ولا يمكن أن تكون نفقة الصغير غير المستدانة باذن أقوى حالا من نفقة الزوجة المفروضة التى لم يؤذن باستدانتها فانها تسقط بالموت . فوفاة الصغير هنا قد أبطلت الفرض الصادر بتقرير نفقة لها كما اسقطت الدين المجتمع من نفقتها ان قلنا ببقائه وعدم سقوطه بتبرع الأم وزوال حاجته (١) .

٢٩/٢٩ الازبكية (٢٩/١٢/٣٠؟) م ن ٥٧٢/٢

---

(١) راجع المادة ٣/١٨ مكررا ثانيا ق ١٩٢٩/٢٥ المعدل بالقانون ١٠٠/١٩٨٥ .

نفقة فروع

(المبدأ ١) : مناط استحقاق الولد الكبير للنفقة على ابيه هو فقره وعجزه عن الكسب فادعاء عقوقه لوالديه على فرض صحته لا يصلح دفعا لدعواه النفقة .

وبما أن ما بنت عليه المحكمه الجزئية رفض النفقة من أن المدعى عاق لوالده وسيء السير والسلوك ان صح فلا يكون سببا لرفض دعوى النفقة لأن مناط وجوب نفقة الولد الكبير على والده هو فقره وعجزه عن الكسب وعلى هذا يكون رفض دعوى النفقة بناء على هذا غير صحيح .

٣٣/٢٨٣٠ س ك مصر (٣٥/١/١٦) م ش ٦/٧٣٦

□■□

(المبدأ ٢) : الولد مقدم فى النفقة على الأخ .

المقرر شرعا أن الولد مقدم فى وجوب النفقة على الاخ .

٣٢/١٠٩٧ السيدة (٣٣/٥/١٤) م ش ٦/٤١٥

□■□

(المبدأ ٣) : نفقة البنت الفقيرة على والدها .

نفقة البنت الفقيرة التى لا زوج لها على والدها .

٢٧/٨٢٠ سمالوط (٢٨/٥/١٧) م ش ٢/٦٥٥

□■□

(المبدأ ٤) : نفقة اولاد الأب الكسوب فى كسبه لأنه يصير به غنيا ـ لا تسقط نفقة الأولاد الفقراء بفقر الأب بل تجب عليه مع اعساره ويؤمر القريب الموسر (جدا او اما او غيرهما) باداتها ليرجع على الأب اذا ايسر فلا يشاركه فى نفقة عياله احد على الأرجح .

المقرر فى المذهب (أن الأب اذا كان زمنا يلحق بالميت وتجب نفقته ونفقة عياله الفقراء على الجد الموسر بلا رجوع على الأب اتفاقا ، اما اذا كان فقيرا غير زمن ففى وجوب نفقة اولاده الفقراء روايتان فى المذهب أصحهما انها تجب على الأب ويؤمر القريب الموسر (جد او اما او غيرهما)

بالانفاق عليهم ليرجع بهـا على الأب اذا ايسر وعليه درج اصحاب المتون والشروح عملا بأصل المذهب من أنه لا يشارك الأب فى نفقة ولده الفقير احد كمـا ان الولد اذا كان غنيا والأب فقيرا محتـاجا لم يشـارك الولد فى نفقة ابيه احد ولكن هـذا ليس على اطلاقه بل محله اذا لم يتيسر كسب الأب بالفعل لما اذا كان الأب كسوبا فنفقته ونفقة عياله الفقراء فى كسبه على الصحيح لانه يعتبر حينئذ غنيا بكسبه وقد قرروا انه لا تجب نفقة الاب المتكسب على ابنه الموسر ولا الابن الكبير المتكسب على أبيه الموسر بل اوجبوا نفقة كل فى كسبه كما فى معتبرات المذهب (وقـد نص فى التتاخانية على ان نفقـة الأولاد الفقراء لا تسـقط بفقر الأب) وفى البحـر (الفقير لا تجب عليه نفقة الاصول والفروع والزوجة) وفى كافى الحاكم الشهيـد (ولا يجبر المعسر على نفقـة أحد الا على نفقـة الزوجة والولد) وظاهر من معتبراتهم وقواعدهم ومثلهم أن المراد بالفقير والمعسر فى الأمثلة السابقة هو القادر الـذى لم يتيسر له العمل ولا يتكسب من عمل حتى صار بحال لا تمكنـه من تحصيل رزقه ورزق أولاده لعدم وجود ما يعمل فحينئذ يصدق عليه انه فقير وانه معسر بنفقته ونفقة عياله وهو من عنوه ى الأمثلة السـابقة لوجوبها عليـه وامر القريب بادائهـا حتى يوسر . اما القادر المكتسب فهو غنى بكسبه موسر بعطله كالصانع والتاجـر والموظف والعامل فلا يكون معنيا بما نقل عن البحر والحاشية والكافى لأنه ليس فقيرا كما انه لا يصدق عليه منطوق رواية صاحب الذخيرة كمـا هو ظاهر ـ اذ كيف يصـدق على الموظف والعـامل والصـانع انه فقير لمجـرد انه لا يملك النصاب الفقهى من عروض واعيـان بل المعنى بالفقـير الـذى تقطعت به اسباب الكسب كما اوضحنا ، وكان غير زمن فلا يشاركه فى نفقة اولاده احد ويؤمر القريب بادائها ، اما الكسوب فعلية اداؤها لا القريب الموسر ـ كما أن عدم تيسر الكسب لزمانة ونحوها يجعله معدوما والوجوب على غيره ابتداء .

٤٢٦/٣٩ اسيوط (١٨/٢/٤٠) م ش ١٢/٩/٧٠

(المبدأ ٥) نفقة الغنى بانواعها فى ماله صغيرا كان او كبيرا ذكرا او انثى الا الزوجة لأن نفقتها مقابل الاحتباس .

الغنى نفقته فى مال نفسه صغيرا كان ام كبيرا ذكرا كان او انثى ولم يستثنوا من ذلك الا الزوجة لأن نفقتهـا فى مقابل الاحتباس وكـذا أجرة حضانة الصغير الموسر ورضـاعه وخادمه فى ماله كمـا نص على ذلك فى الهداية ورد المحتار فى باب النفقة والحضانة ـ ولا يعرف فى الشرع ما يقضى

بأن يعيش الأب فى بحبوبة النعمة ورخاء العيش وتكون بنته الفتيــة عالة تتكفف الناس .

٢٧٨٨/٢٣١ الجمالية (٣٢/١/١٧) ت س م ش ٧٩/٤

□■□

(المبدأ ٦) : للقاضى ان يقرر للولد نفقة على ابيه الموسر اذا كان من ابناء الاشراف ولم يكلفوه بالكد والعمل .

جعل الفقهاء للقاضى أن يقرر للولد نفقة على أبيه الموسر اذا كان من أبناء الاشراف ولم يكلفوه بالكد والعمل لتحصيل رزقه لأن مثله لا يصح أن يؤجر ولا أن يعمل وهو حسيب نسيب وابوه ذو ثراء وغنى حيث لم يتعود خشونة العيش ولم يروض نفسه منذ نعومة اظفاره على الهوان والذلة وتحمل المشقة وخولوا للقاضى حينئذ ان يفرض له النفقة حسب حال أبيه وبيئته لا بقدر الكفاف ودفع الحاجة كما هو حال الفقــراء المعــوزين او متوسطى الحال (ابن عابدين مجمع الأنهر) كما جعلوا كسبه ضمن مال أبيه اذا كسب ولأبيه اذا لم يتميز عن ماله لأن له تأويلا فيــه (مبسوط) فهذه كلها دلائل قوية على أن الولد ولو كبيرا يعتبر غنيا بغنى أبيه متى كان فى عيشــه وحجره يتحمل عنه نفقته ونفقــة زوجته وولده فتفرض نفقــة زوجة ابنــه بحسب حاله هو لا حال الابن كمــا يقدر عند الفرض لان الابن غنى بغناه فتفرض عليه نفقة الموسرين لزوجته والعرف فى الشرع له اعتبار .

٧٢٥/٤٠ أسيوط (٤١/٨/٩) ت س م ش ٧٥/٤/١٣

□■□

(المبدأ ٧) اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقــة موسر ومعسر وكان المعسر يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم .

يقضى الفقة بأنه اذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر وكان المعسر يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ثم ينظــر الى ورثة من تجب له النفقة فتجعل عليهم بقدر ميراثهم فتجعل الأم كالمعدومة وتجب النفقــة على من يليها من الأصول لأنها اذا انفردت احرزت كل ميراث اى واحد من أولادها فرضا وردا .

٤٢٦٦/٤٠ س ك مصر : ٤٢/٣/٣٢٣) م ش ٤٣/١/١٦

□■□

(المبدأ ٨) : الأم تحجب الجدة ولا يمكن اعتبار الأم مع فقرها معدومة لأنها لا تحرز جميع الميراث .

وجود الأعمام الأغنياء مع وجود الأم الفقيرة يمنع من تقرير نفقة للصغير الفقير على جدته لأبيه الموسرة لأن المنصوص عليه شرعا ان الأم تحجب الجدة ولا يمكن اعتبار الأم مع فقرها معدومة لأنها لا تحرز جميع الميراث .

٢٥/٢٤٧ شبين القناطر (٣٠/٤/١٠) ت س م ن ٢٧٩/٢

□■□

(المبدأ ٩) : اذا اجتمع الأصول فى قرابة من تجب له النفقة وتعددوا ولم يكن منهم الاب والجد تجب النفقة على الاقرب فالاقرب جزئية .

يقضى الفقه بانه اذا اجتمع الأصول فى قرابة من تجب له النفقة وتعددوا ولم يكن منهم الاب والجد تجب النفقة على الاقرب فالاقرب جزئية من جهة الأصول على من يرث معه .

٤٠/٤٢٦٦ س ك مصر (٤٢/٣/٢٣) م ش ٤٣/١/١٦

□■□

(المبدأ ١٠) : النفقة لا تجب مع اختلاف الدين الا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد .

الفقة يقضي بأن النفقة لا تجب مع اختلاف الدين الا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد لأن نفقة الزوجة جزاء احتباسها ولأن نفقة غيرها من المذكورين لثبوت الجزئية وجزء المرء فى معنى نفسه فكما لا يمنع نفقة نفسه للكفر لا يمنع نفقة جزئه .

٤٠/٤٢٦٦ س ك مصر (٤٢/٣/٢٣) م ش ٤٣/١/١٦

□■□

(المبدأ ١) : جواز الطعن فى الحكم من عـدمه ـ امر متعلق بالنظـام العام .

متى كان جواز الطعن من عدمه يتعلق بالنظام العام ، فانه يتعـين على المحكمة ان تعرض بالبحث لهذا الأمر من تلقاء نفسـها لتقول كلمتها فيه قبل التطرق الى نظر موضوع الطعن .

نقض ٨٦٠/٤٣ ق   س ٣١ ص ٥٢٤ ح ١

□■□

(المبدأ ٢) : الطعن فى الحكم ـ وجوب ان يـكون الطاعن على قيـد الحياة وقت رفع الطعن . ليس لمن يمثله صفة فى الطعن على الحـكم بعـد وفاته .

الطعن فى الحكم ـ وعلى ما جرى به نص المادة ٢١١ من قانون المرافعات لا يجوز الا من المحكوم عليه ، وهو ما يقتضى ان يكون المحكوم عليه موجودا على قيد الحياة فى وقت رفع الطعن والا كانت الخصومة فى الطعن معـدومة لا ترتب اثرا ولا يصححهـا اجراء لاحق ، اذ العبرة فى الخصـومة انما هى بشخص الخصم لا بشخص من يمثله ، فاذا تبين موت الخصم المحكوم عليه قبل رفع الطعن ، فانه لا يكون لمن كان يمثله ثمة صفة فى الطعن فى الحكم ، فاذا طعن فيه كان الطعن باطلا لرفعه ممن لا صفة له .

نقض ١١٥/٤٦ ق   س ٣١ ص ٧١٢ ح ١

□■□

(المبدأ ٣) : حالات الطعن فى مسائل الاحوال الشخصية للولاية على المال وردت على سبيل الحصر .

النص فى المادة ١٠٢٥ من قانون المـرافعات على انه « يجـوز الطعن بالنقض للنيابة العامة ولمن كان طرفا فى المادة فى القرارات الانتهائية الصادرة فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وسلب الولاية او وقفها او الحد منها أو ردها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب يدل على أن المشرع حد من جواز الطعن بالنقض فى القرارات الصادرة فى مسـائل الولاية على المال وقصره على القرارات التى تصدر فى المسـائل المبينة بتلك المادة والتى حددتها على سبيل الحصر دون المسائل الاخرى .

نقض ٤٢/٤٧ ق   س ٣١ ص ٨٥١ ح ١

□■□

(المبدأ ٤) : الطعن بالنقض لمصلحة القانون . رفعه من احد رؤساء النيابة العامة الذى وقع على تقرير الطعن بتوكيل خاص من المحامى العام الأول لنيابة الاحوال الشخصية . اثره عدم قبول الطعن .

اذا كان الذى قرر بالطعن بالنقض بقلم كتاب المحكمة هو أحد رؤساء نيابة الاستئناف وهو الذى وقع على تقرير الطعن بتوكيل خاص موقع عليه من المحامى العام الاول لدى نيابة الاستئناف للاحوال الشخصية . وكانت الاوراق خلوا من توقيع النائب العام على تقرير الطعن بما ينبىء عن اعتماده له وكانت النيابة العامة لم تقدم مايدل على ان النائب العام وقت التقرير بالطعن ـ قد قام لديه سبب من الاسباب المبينة بالمادة ٢٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٧٢/٤٥ ـ وهى غيابه او خلو منصبه أو قيام مانع لديه ـ وكان من قرر بالطعن احد رؤساء النيابة العامة فان التقرير بالطعن يكون قد صدر من غير ذى صفة ويتعين القضاء بعدم قبوله شكلا .

نقض ٤٧/٤٣ ق   س ٣٠ ص ٤٨٥

□■□

(المبدأ ٥) : عدم جواز الطعن استقلالا فى الأحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنتهى لها . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات .

النص فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات على انه « لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والاحكام القابلة للتنفيذ الجبرى » يدل على ان المشرع قد وضع قاعدة تقضى بعدم جواز الطعن على استقلال فى الأحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها، وذلك فيما عدا الأحكام التى تصدر فى شق من الدعوى متى كانت قابلة للتنفيذ الجبرى ، ورائد المشرع فى ذلك هو الرغبة فى منع تقطيع اوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم وما يترتب على ذلك احيانا من تعويق الفصل فى موضوع الدعوى وما يترتب عليه حتما من زيادة نفقات التقاضى .

نقض ٤٨/٧٧٠ ق   س ٣٠ ص ٨١

□■□

(المبدأ ٦) : الحكم الانتهائى الصادر على خلاف حكم سابق بين الخصوم انفسهم فى ذات النزاع ، وحاز قوة الامر المقضى ـ جواز الطعن فيه بطريق النقض لايغير من ذلك ان تكون العناصر الواقعية للحكم غير مطروحة على المحكمة . علة ذلك .

اذا كانت المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات قد اجازت الطعن فى الحكم اذا صدر على خلاف حكم سابق ، فانه يجوز للخصوم ان يطعنوا امام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى قضى على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم انفسهم وفى ذات النزاع وحاز قوة الامر المقضى سواء دفع بهذا لدى محكمة الموضوع أو لم يدفع ، وسواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر تلك المحكمة أم لم تكن مطروحة عليها . وعلة ذلك احترام حجية الحكم السابق صدوره فى نفس الدعوى ، اذ هى اجدر بالاحترام ، وحتى لا يترتب على اهدارها تأبيد المنازعات ، وعدم استقرار الحقوق لاصحابها .

نقض ٦٠٧/٤٠ ق   س ٣١ ص ١١٥٤ ح ١

□■□

(المبدا ٧) : جواز الطعن بالنقض استثناء فى اى حكم انتهائى ايا كانت المحكمة التى اصدرته . شرط ذلك .

لما كانت المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات تقصر الطعن بالنقض اصلا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الاحوال التى بينتها ، وكان ما قررته المادة ٢٤٩ من ذات القانون من اجازة الطعن بالنقض استثناء فى اى حكم انتهائى ـ ايا كانت المحكمة التى اصدرته ـ فصل فى نزاع سابق على خلاف حكم اخر سبق ان صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى ، يندرج ضمن مخالفة القانون باعتبار الحكم فى هذه الحالة مخالفا للقاعدة القانونية المنصوص عليها فى المادة ١٠١ من قانون الاثبات رقم ٢٥/ ١٩٦٨ فيما نصت عليه من أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون تغيير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا ، وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها .

نقض ٦٩/٤٩ ق   س ٣١ ص ١٢٧٢ ح ١

□■□

(المبدا ٨) : وجوب رفع الطعن بذات الصفة التى كان الطاعن متصفا بها فى الخصومة .

لئن كان يلزم لصحة الطعن رفعه من المحكوم عليه بذات الصفة التى كان متصفا بها فى ذات الخصومة التى صدر بها الحكم المطعون فيه ، الا انه لما كان القانون لم يشترط فى بيان هذه الصفة موضعا معينا من صحيفة

الطعن ، فانه يكفى لصحته ان يرد عنها بصحيفته فى اى موضــع منهــا ما يفيد اقامة الطاعن له بذات الصفة .

نقض ٤٥/٤٨٤ ق — س ٣٠ ص ٣٨٩

□■□

(المبدأ ٩) : الصفة فى الطعن ـ ثبوتها لمن كان خصما فى الدعوى .

الحق فى الطعن مستقل عن الحق فى رفع الدعوى ، ولا يقبل الا ممن كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه وبصفته التى كان متصفا بها فى الخصومة التى صدر فيها الحكم . والصفة فى الطعن تثبت لمن كان خصما وليس لممثل الخصم فى الخصومة الصادر فيهــا الحكم المطعون فيه .

نقض ٤٥/٩٩ ق — س ٣١ ص ٤٨٧ ح ١

□■□

(المبدأ ١٠) : المصلحة فى الطعن ـ كفاية تحققها وقت صــدور الحكم ولو زالت بعد ذلك .

استئناف المحكوم عليه مقبول ولو انتقل الحق موضوع الدعــوى الى آخر .

المستقر فى قضاء النقض انه يجوز الطعن فى الحكم من كلَ من كان طرفا فى الخصومة امام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ولم يتخل عن منازعته حتى صدر الحكم ضده ، وكان يكفى لتحقق المصلحة فى الطعن قيامها وقت صدور الحكم ، ولا عبرة بزوالها من بعد .

نقض ٤٨/٦٤٣ ق — س ٣٠ ص ٢٥٤

□■□

(المبدأ ١١) : اباحة الطعن بالنقض فى مسائل الولاية على المال المبينة فى المادة ١٠٢٥ مرافعات .

أصبح نص المادة ١٠٢٥ مرافعات بعد تعديلها بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٢٩ المعمول به فى ١٩٥٢/٩/١٥ مطلقــا يبيح الطعن بالنقض فى القرارات الانتهائية الصــادرة فى مسائل الولاية على المال المبينــة بتلك المادة لجميع الأسباب التى يبيحها القانون بصفة عامة فى المادة ٤٢٥ مرافعات دون تمييز بين ما اذا كان الطعن مؤسسا على مخالفــة للقانون أو خطأ فى تطبيقه وتأويله أو كان مؤســســا على سبب آخر كبطــلان فى القــرار او بطــلان فى الاجراءات وذلك على خلاف ما كان يقضى به النص القديم لتلك المادة الذى كان يقصر الطعن على حالة مخالفة القانون او الخطأ فى تطبيقه او تأويله .

نقض ٢٥/٨ ق (٥٦/٣/٢٩) — م ش ٤٤٠/٧

(المبدا ١٢) : عدم جواز احتساب يوم صدور الحكم الحضورى فى مسائل الأحوال الشخصية ضمن ميعاد الثمانية عشر يوما المحددة فى المادة ٨٨١ مرافعات للطعن فى الحكم .

يوم صدور الحكم الحضورى فى مسائل الأحوال الشخصية لا يحسب ضمن ميعاد الثمانية عشر يوما المحددة فى المادة ٨٨١ مرافعات للطعن فى الحكم وذلك وفقا لنص المادة ٢٠ من قانون المرفعات .

نقض ٢٢/٢٦ ق (٤/٤/٥٧) م ش٨/٣٩٤

□■□

(المبدا ١٣) : ميعاد الطعن بالنقض ستون يوما .

ميعاد الطعن بالنقض فى مواد الأحوال الشخصية ستون يوما . المادة ٨٨١ مرافعات معدلة بالمادة ٢/٣ قانون ٤٣/١٩٦٥ .

أمر رئيس محكمة النقض بضم ملف الدعوى الابتدائى والاستئنافى فى مواد الأحوال الشخصية اللذين احتويا على مستندات الطاعن ، الدفع ببطلان الطعن لعدم أيداع الطاعن لمستنداته فى الميعاد . لا محل له .

نقض ١٣/٣٩ ق (٦/٢/٧٤) س ٢٥

□■□

(المبدا ١٤) : ميعاد الطعن بالنقض . جواز اضافة ميعاد مسافة بين موطن الطاعن وبين المحكمة ان اودع فيها صحيفة الطعن .
المقصود بالموطن .

ميعاد الطعن بطريق النقض ستون يوما تبدأ من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه حسبما تقضى به المادتان ٢٥٣ ، ٢١٣ من قانون المرافعات . ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للطاعن أن يضيف الى ذلك الميعاد ميعاد مسافة بين موطنه ــ الذى يجب عليه الانتقال منه ــ وبين مقر المحكمة التى يودع قلم كتابها صحيفة طعنه ــ والتى يجب عليه الانتقال اليها ، وذلك فى الحدود المبينة فى المادة ١٦ من قانون المرفعات .

العبرة فى تحديد الموطن فى هذا المقام هى بالموطن الذى اتخذه الطاعن لنفسه فى مراحل التقاضى السابقة على الطعن ولو كان له موطن آخر فى مقر المحكمة المودع بها الطعن .

نقض ٧٠٢/٤٦ ق س ٣٠ ص ٧٩٢

□■□

(المبدأ ١٥) : وجوب ايداع الطاعن فى مسائل الأحوال الشخصية صورة من الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائى الذى احال عليه . يغنى عن ذلك امر رئيس المحكمة بضم ملف الدعوى فى الميعاد القانونى . علة ذلك .

انه وان كان يتعين على من يطعن بطريق النقض فى الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وفقا للفقرة الثانية من المادة ٨٨١ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ١٩٤٩/٧٧ والمادة ٤٣٢ من قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٥٥/٤١ والذى الغى بموجب المادة ٢/٣ من قانون السلطة القضائية رقم ١٩٦٥/٤٣ أن يودع قلم كتاب محكمة النقض خلال ميعاد الطعن صورة من الحكم المطعون فيه وصورة من الحكم الابتدائى اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى اسبابه ، الا انه لما كان يبين من الاطلاع على الأوراق ان الطاعن تقدم يوم التقرير بالطعن بطلب ضم ملف الدعوى وأصدر السيد رئيس محكمة النقض امرا فى نفس اليوم — وقبل فوات ميعاد الطعن بضم هذا الملف استعمالا للرخصة المخولة له بمقتضى المادة ٨٨٣ من قانون المرافعات ، وكان ضم ملف الدعوى بناء على امر رئيس المحكمة فى الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية من شانه أن يتيح للخصوم فى الطعن تأيد وجهات نظرهم استنادا الى ما حواه من مستندات او اوراق دون أن يحاج الطاعن فى هذه الحالة بانه لم يقدم فى المواعيد التى حددها القانون — المستندات المؤيدة لطلبه — فان الدفع ببطلان الطعن — لعدم ايداع صورة رسمية من الحكم المطعون فيه — يكون متعين الرفض .

نقض ٣٥/٥ ق (٧٣/١/٣) س ١٩/٢٤

□■□

(المبدأ ١٦) : الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية وجوب ايداع صورة رسمية من الحكم الابتدائى شرطه . ان يكون الطعن قد انصب على ما احال اليه الحكم المطعون فيه فى اسبابه .

المقرر فى قضاء النقض انه يتعين على من يطعن بطريق النقض فى الأحكام المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية أن يودع قلم كتاب محكمة النقض ، خلال ميعاد الطعن صورة مطابقة لأصله من الحكم المطعون فيه ، وصورة من الحكم الابتدائى اذا كان قد أحال اليه فى اسبابه وهو اجراء جوهرى يترتب على اغفاله بطلان الطعن ، الا ان ذلك مشروط بان تكون اسباب الطعن قد انصبت على ما احال اليه الحكم المطعون فيه الى اسباب الحكم الابتدائى .

نقض ٤٨/٣٤ ق س ٣٠ ص ٦٣٠

□■□

(المبدأ ١٧) : وجوب ايداع الطاعن فى مسائل الأحوال الشخصية صورة من الحكم المطعون فيه ومن الحكم الابتدائى الذى احال اليه . اغفال ذلك . اثره . بطلان الطعن .

يتعين على من يطعن بطريق النقض فى الاحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وفقا للمادة ٨٨١ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات رقم ١٩٤٩/٧٧ والمادة ٤٣٢ منه قبل تعديلها بالقانون ١٩٥٥/٤٠١ الذى أنشأ دوائر فحص الطعون ان يودع قلم كتاب محكمة النقض خلال ميعاد الطعن صورة من الحكم الابتدائى الذى كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى فى أسبابه ، وهو اجراء جوهرى يترتب على اغفاله بطلان الطعن .

نقض ٣٩/٣٢ ق (٧٣/١١/٢٨) س ١١٧٩/٢٤

□■□

(المبدأ ١٨) : يجب ايداع صورة من الحكم الابتدائى الذى احال اليه الحكم المطعون فيه والا كان الطعن باطلا .

اوجبت المادة ٢٥٥ من قانون المرافعات ـ معدلة بالقانون رقم ١٣/ ١٩٧٣ ـ على الطاعن ان يودع قلم الكتاب ـ فى ذات وقت ايداعه صحيفة الطعن ـ صورة من الحكم الابتدائى ؛ ان كان الحكم المطعون فيه قد أحال أليه فى أسبابه ، ورتب على مخالفتها البطلان .

الا انه لما كانت علة هذا النص هى تمكين محكمة النقض من تفهم وجه النعى على الحكم المطعون فيه على نحو شامل خال من الجهالة فانه اذا ما كان الحكم المطعون فيه قد أحاط بالواقعة محل النص بما يتيح لمحكمة النقض اعمال رقابتها عليه فى حدود سبب النعى فاناستلزام تقديم صورة من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه يكون نافلة ، ذلك أن ايداع صورة الحكم الابتدائى ليس هدفا فى ذاته وانما هو وسيلة افترض القانون لزومها للفصل فى الطعن ، فاذا انتفى هذا الفرض بثبوت كفاية الحكم المطعون فيه وحده لتفهم الطعن ، انتفى هذا الفرض وزال الأثر الذى رتبه القانون عليه . ومن ثم اذا تعددت أسباب الطعن وكان بعضها لايحتاج الفصل فيه الى مطالعة الحكم الابتدائى خلافا لبعضها الاخر فانه لا وجه لابطال الطعن برمته ، اذ لا محل لمد اثر البطلان الجزئى على ما صح من الاجراءات الا اذا كان الجزء الباطل من الطعن يحول بين محكمة النقض وبين الفصل فى الجزء الصحيح منه ، أو كانت اسباب الطعن تعتبر وحدة واحدة يتعذر تجزئتها .

نقض ٤٦/٣٧ ق س ٣١ ص ٩٦٦ ح ١

(المبدأ ١٩) : عدم جواز الطعن على استقلال فى الأحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة ـ الاستثناء .

النص فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات على أنه « لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثنـاء سير الدعوى ، ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الاحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والاحكام القابلة للتنفيذ الجبرى » مؤداه أن المشرع وضع قاعدة عامة مفادها عدم جواز الطعن على استقلال فى الأحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة برمتها سواء كانت تلك الاحكام قطعية حسمت جزءا من الخصومة او احكاما متعلقة بالاثبات واستثنى المشرع من هذه القاعدة الاحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى ، وكذلك الأحكام التى تصدر فى شق من الدعوى متى كانت قابلة للتنفيذ الجبرى . ورائد المشرع فى ذلك ـ وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية ـ هو الرغبة فى منع تقطيع اوصال الدعوى الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مع ما يترتب على ذلك احيانا من تعويق الفصل فيها .

نقض ٤٣/٨٦٠ ق س ٣١ ص ٥٣٥ ح ١

□■□

(المبدأ ٢١) : وجوب بيان اوجه الطعن بالنقض .

اذا كان الطاعنون لم يبينوا فى تقرير الطعن أوجه الوهن والاختلاط التى شابت الحكم ، ولم يحددوا أوجه الدفاع التى تمسكوا بها فى مذكرتهم المقدمة الى محكمة الاستئناف وكيفية قصور الحكم فى الرد عليها ، فان النعى عليه بالقصور يكون غير مقبول ، ولا يغنى عن ذلك تقدم صورة رسمية من هذه المذكرة ، وانهم اشاروا فى تقرير الطعن الى انها تضمنت وجهة نظرهم فى تفسير شرط الواقفة ، تاركين لمحكمة النقض مقارنتها بالحكم المطعون فيه ، لتتقصى وجوه القصور ومناحى الاخلال بحق الدفاع اذ المعول عليه هو ما يرد فى تقرير الطعن .

نقض ٣٨/٩ ق (٧٢/٢/٢٣) س ٢٤٨/٢٣

□■□

(المبدأ ٢١) : المصلحة فى الطعن بالنقض . العبرة بتحققها وقت صدور الحكم المطعون فيه .

المستقر فى قضاء النقض أن العبرة فى قيام المصلحة فى الطعن بطريق

النقض هي بوجودها وقت صدور الحكم المطعون فيه ، ولا يمتد بانعدامها بعد ذلك . ولما كان لطالب الحلول ـ محل الطاعنة المتوفاة ـ مصلحة محتملة فى الاستمرار فى الطعن المعروض ، تتمثل فى كونه احد ورثة الطاعنة وكانت هذه المصلحة متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه لوجود الطاعنة على قيد الحياة حينذاك ، فان وفاتها بعد ذلك لا تاثير لها على تحقق هذه المصلحة وتوافرها فى هذا الطعن . لما كان ذلك فان طلب الحلل ويكون فى محله .

نقض ٣٧/٢٠ ق (٧٣/٦/٢٧ ؛ س ٩٨٢/٢٤

□■□

(المبدا ٢٢) : المصلحة فى الطعن بالنقض .

متى كان النعي ينصرف الى قضاء الحكم المطعون فيه فى دعوى المطعون عليه الثالث وباقى اخوانه برفض استحقاقهم فى الوقف ، فلا مصلحة للطاعن بالطعن فيه ، لأنه لم يقض عليه بشىء ولا يزال طلبه بالاستحقاق فى الوقف عن والدته واخته معروضا على محكمة الموضوع ولم يفصل فيه بعد ، ويكون النعي غير مقبول .

نقض ٣٨/١٢ ق (٧٢/٤/١٩) س ٧٣٢/٢٣

□■□

(المبدا ٢٣) : المصلحة النظرية فى الطعن بالنقض . عدم القبول .

متى كان الحكم الابتدائى قد قضى برفض دعوى مورثة الطاعنين تأسيسا على ان الوقف لا وجود له ، وبالتالى فلا محل للقول بتحويله الى وصية فان مصلحة الطاعنين فى النعى على الحكم المطعون فيه لقضائه ببطلان الحكم الابتدائى لاغفاله ذكر اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية تكون مصلحة نظرية بحتة ، اذ لو صحت أسباب الطعن واقتضت نقض الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص ، فانه لا تعود على الطاعنين اية فائدة ومن ثم يكون النعى على الحكم بهذا السبب غير مقبول .

نقض ٣٨/٢٨ ق (٧٢/١٢/٦ ؛ س ١٣٣٠/٢٣

□■□

(المبدا ٢٤) : رفع الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية .

الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية ، وجوب رفعه بتقرير فى قلم كتاب محكمة النقض ٨٨١ ، ٨٨٢ من قانون المرافعات . رفع الطعن

بصيحفة اودعت قلم كتاب المحكمة التى اصدرت الحكم المطعون فيه ووردها الى قلم كتاب محكمة النقض بعد الميعاد ــ اثره بطلان الطعن .
طعن ٥٣/٣٩ ق (١٩٨٤/٣/٢٧) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٢٥) : الدعوى تعتبر مهيأة للحكم امام محكمة النقض بعد استيفاء جميع الاجراءات من ايداع المذكرات وتبادلها بين الطرفين . وفاة الطاعن بعد ذلك لا اثر له .

وفاة احد طرفى الخصومة بعد ان تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها لا يمنع وفقا لما تقضى به المادة ٢٩٥ من قانون المرافعات السابق من الحكم فى موضوعها على موجب الأقوال والطلبات الختامية ، والدعوى تعتبر مهيأة للحكم امام محكمة النقض ــ على مقتضى المادتين ٢٩٦ ، ٤٤١ من ذات القانون بعد استيفاء جميع اجراءات الدعوى من ايداع المذكرات وتبادلها بين الطرفين لما كان ذلك فلا تأثير لوفاة الطاعنة بعد تمام ذلك فى نظر الدعوى أمامها .
نقض ٣٧/٢٠ ق (٧٣/٦/٢٧) س ٩٨٢/٢٤

□■□

(المبدأ ٢٦) : عدم اعلان حكم التحقيق ــ لا يصح دفاعا لأول مرة امام محكمة النقض .
عدم تمسك الطاعن أمام محكمة اول درجة بعدم اعلانه بحكم التحقيق . عدم جواز اثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض . لا يغير من ذلك سبق اثارة هذا الدفاع من غير الطاعن أمام محكمة اول درجة .
نقض ٤٣/٢ ق (٧٦/٣/١٠) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٢٧) : الطعن بالنقض فى مسائل الولاية على المال ــ المادة ١٠٢٥ مرافعات .
الطعن بالنقض فى مسائل الولاية على المال ، قصره على المسائل الواردة على سبيل الحصر فى المادة ١٠٢٥ مرافعات . المنازعة بشأن تعيين وصى خصومة . عدم جواز الطعن فيها بطريق النقض .
نقض ٤٢/١٠ ق (٧٦/٣/١) س ٢٧

(المبدأ ٢٨) : توجيه الطاعن طعنه الى خصومه المحكوم لهم والى المحكوم عليهم مثله . عدم قبول الطعن بالنسبة للاخرين .

اذا كان يبين من حكم محكمة اول درجة ان المدعى عليهم فيه هم الطاعنون والمطعون ضدهم الثانية عن نفسها وبصفتها وصدر الحكم ضدهم جميعا فطعنوا عليه بالاستئناف ، فكان يتعين على الطاعنين عند توجيههم للطعن الا يختصموا فيه الا خصومهم المحكوم لهم دون المحكوم عليهم مثلهم ومن ثم كان الطعن الموجه الى المطعون ضدها الثانية وهى واحدة من المحكوم عليهم يكون غير مقبول بالنسبة لها .

طعن ٢٠٣/٤٤ ق   س ٣٠ ص ٣٤٠

□■□

(المبدأ ٢٩) : للطاعن ان يرفع طعنا اخر بالنقض عن ذات الحكم ليستدرك ما فاته فى الطعن الاول . شرط ذلك .

اذا كان الطعن المرفوع اولا لم يفصل فيه بعد ، وكان الطعن الثانى قد اودع التقرير به قبل انقضاء ميعاد الطعن بطريق النقض ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه ليس فى نصوص قانون المرافعات ما يحول دون ان يرفع الطاعن بالنقض طعنا آخر عن ذات الحكم ليستدرك مافاته من أوجه الطعن طالما كان ميعاد الطعن ممتدا ، وكان لم يسبق الفصل فى موضوع الطعن الأول .

طعن ١٦/٤٨ ق   س ٣٠ ص ٢٧٧

□■□

(المبدأ ٣٠) : نقض الحكم الصادر لمصلحة الخصم ـ تجدد حقه امام محكمة الاحالة فى التمسك بالدفوع السابق القضاء برفضها .

يترتب على نقض الحكم الصادر لمصلحة الطاعنين ، بسقوط قوائم الرسوم بالتقادم ، ان يعود لهم الحق فى التمسك أمام محكمة الموضوع بالدفوع بعدم جواز الاستئناف وبعدم قبوله ، لأن قلم الكتاب هو الذى طعن فى الحكم فى المرة الأولى وحكم بقبول طعنه ، فيتجدد حق الطاعنين فى التمسك بتلك الدفوع أمام محكمة الاحالة بمجرد نقض الحكم الصادر لمصلحتهم فى موضوع الدعوى ، اذ لم يكن يجوز لهم عندما طعن قلم الكتاب ان يرفعوا طعنا اخر فيما قضى به هذا الحكم من رفض دفوعهم المتعلقة بشكل الاستئناف لانعدام مصلحتهم فيه .

نقض ١٠/٣٨ ق (١/٣/٧٢)   س ٢٣/٢٧٨

(المبدأ ٣١) : نقض الحكم ـ اثره . لمحكمة الاحالة اقامة حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى .

المقرر فى قضاء النقض انه يترتب على نقض الحكم المطعون فيه عودة الخصومة الى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض كما يعود الخصوم الى مراكزهم الأولى بما كانوا قد أبدوه من دفاع ، وما تمسكوا به من مستندات ، على أن تلتزم محكمة الاحالة برأى محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها ، ويكون لها مطلق الحرية من بعد فى اقامة حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى تحصله ـ حرة ـ من جميع عناصرها

نقض ٣٩/٢٢ (٧٥/٢/٣٠) س ٢٦

□■□

(المبدأ ٣٢) : ورود اسم المطعون عليه فى تقرير الطعن فى القرار المطعون فيه مجردا دون ذكر صفته .

تنص المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات رقم ١٩٦٨/١٣ على أن تشتمل صحيفة الطعن على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ، والغرض المقصود من هذا النص ، هو اعلام ذوى الشأن اعلاما كافيا بهذه البيانات ، وكل ما يكفى للدلالة عليها يتحقق به الغرض الذى وضعت هذه المادة من أجله ، ولئن كان الثابت من القرار المطعون فيه ـ الصادر من دائرة الاحوال الشخصية الولاية على المال ، وفى تقرير الطعن أن المطعون عليه الأول (الولى الشرعى على القاصر) ورد اسمه مجردا دون ذكر لصفته الا أنه يبين بجلاء من الأوراق انه اختصم فى الاستئناف وفى تقرير الطعن بصفته وليا شرعيا على القاصر ، ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه على ذى صفه فى غير محله متعينا رفضه .

نقض ٣٩/١١ ق (٧٢/١/٣) س ٢٤/٢٨

□■□

(المبدأ ٣٣) : لا بطلان عند اغفال بيان اسم الموظف الذى تسلم صحيفة الطعن بالنقض .

المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات تجيز ايداع صحيفة الطعن قلم كتاب محكمة النقض او المحكمة التى اصدرت الحكم المطعون فيه وبيان اسم الموظف الذى تسلم الصحيفة ليس من البيانات الجوهرية التى يترتب على عدم اثباتها البطلان .

طعن ٩ ، ٤٧/١٣ ق س ٣١ ص ٦٢٩ ع ١

(المبدأ ٣٤) : لا بطلان على عدم مراعاة ميعاد اعلان صحيفة الطعن بالنقض .

تنص المادة ٣/٢٥٦ من قانون المرافعات على أنه « وعلى قلم المحضرين ان يقوم باعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوما على الاكثر من تاريخ تسليمها اليه من قلم كتاب محكمة النقض ـ ولا يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان اعلان صحيفة الطعن » مما مفاده ان الميعاد المقرر لاعلان صحيفة الطعن بالنقض طبقا لهذه المادة ليس ميعادا حتميا ، بل مجرد ميعاد تنظيمي لا يترتب على تجاوزه البطلان .

الفصل الخاص بالنقض فى قانون المرافعات خلا من نص مماثل لنص المادة ٢٤٠ فى فصل الاستئناف يحيل الى المادة رقم ٧٠ من قانون المرافعات، سواء قبل أو بعد تعديلها بالقانون رقم ١٩٧٦/٧٥ فان الدفع باعتبار الطعن كأن لم يكن لعدم اعلان صحيفته خلال ثلاثة اشهر من تاريخ ايداعها اخذا بالمادة ٧٠ مرافعات يكون فى غير محله .

طعن ٤٥/٩٩٤ س ٣١ ص ٧٠١ ح ١

□■□

(المبدأ ٣٥) : القبول المانع من الطعن فى الحكم ، شرطه . .

يشترط فى القبول المانع من الطعن على الحكم ، ان يكون قاطع الدلالة على رضاء المحكوم عليه بالحكم وتركه الحق فى الطعن عليه ، وتقرير ذلك مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى بنى على أسباب سائغة ، واذا خلص الحكم المطعون عليه الى أن قيام المطعون عليهم بتنفيذ الأحكام المعترض عليها التى حددت نصيب الطاعن فى الاستحقاق باستلام انصبتهم فى الغلة من الحارس على الوقف لا يعتبر قبولا مانعا من الطعن على هذه الأحكام ، لان النزاع حول الأنصبة فى الوقف المذكور قطع شوطا كبيرا أمام المحاكم على اختلاف درجاتها الى أن فصل فيه نهائيا بأن نصيب العقيم يرجع لاخوته الاحياء فقط وهو استخلاص موضوعى سائغ ، وكان لا محل للتحدى بأن قبول تنفيذ الأحكام تم بعد صدور القانون رقم ١٩٢٥/١٨٠ الذى جعل الاستحقاق فى الوقف ملكا ذلك ان هذا القبول كان بالنسبة لنصيب المطعون عليهم فى الغلة ولم ينصرف الى الاستحقاق فى الوقف ، لما كان ذلك فان النعى على الحكم فيه بالخطأ فى تطبيق القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس .

نقض ٣٥/٥ ق (٧٣/١/٣) س ٢٥/٢٤

□■□

(المبدا ٣٦) : الطعن بالنقض فى حكم انتهائى ــ شرطه .

ما تجيزه المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات من الطعن بالنقض على اى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى اصدرت مشروط بأن يكون هناك حكم آخر سبق ان فصل فى النزاع ذاته بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به حتى يجوز الطعن بالنقض فى الحكم الانتهائى الثانى الذى فصل فى النزاع على خلاف الحكم الاول . واذ كان الثابت أن الأحكام فى الدعوى الابتدائية الشرعية واستئنافها والالتماس الذى رفع عنه قد صدرت ضد المطعون عليه الثانى بصفته ناظرا على الوقف ، ثم حارسا عليه ، ولم يكن المطعون عليهم وهم من المستحقين فى الوقف ممثلين فى هذه الخصومة ، فان الأحكام الصادرة فيها لا تكون حجة عليهم . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون عليه قد التزم هذا النظر ، وقضى بعدم تعدية هذه الأحكام الى المطعون عليهم فانه لا يكون قد فصل فى النزاع على خلاف حكم سابق ، ويكون النعى عليه خطأ فى تطبيق القانون فى غير محله .

نقض ٣٥/٥ ق (٧٣/١/٣) س ٢١/٢٤

□■□

(المبدا ٣٧) : الطعن بالنقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه الا ما تناولته اسباب الطعن المقبولة .

الطعن بالنقض ــ وعلى ما جرى به قضاء النقض ــ لا ينقل الدعوى برمتها الى محكمة النقض كما هو الشأن فى الاستئناف ، بل هو طعن لم يجزه القانون فى الأحكام الانتهائية الا فى أحوال بينها بيان حصر ، وهى ترجع كلها اما الى مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله ، أو الى وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان الاجراءات أثر فيه ، ولا تنظر محكمة النقض الا فى الاسباب التى ذكرها الطاعن فى تقرير الطعن مما يتعلق بهذه الوجوه من المسائل القانونية البحتة ، ومن ثم فالامر الذى يعرض على محكمة النقض ليس هو الخصومة التى كانت مرددة بين الطرفين امام محكمة الموضوع ، وانما هو فى الواقع مخاصمة الحكم النهائى الذى صدر فيها ، ولذلك فان النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه الا ما تناوله منه أسباب الطعن التى حكم بقبولها ،، وبنى النقض على أساسها ، وليست المحكمة ملزمة ببحث جميع أسباب الطعن اذا ما رات فى احد الأسباب ما يكفى لنقض الحكم .

نقض ٤٠/١٤ (٧٢/٤/١٩) س ٧٤٠/٢٣

□■□

(المبدأ ٣٨) : الطعن بالنقض لمصلحة القانون . تقرر للنائب العام . وجوب توقيعه على صحيفة الطعن . ايداعها قلم الكتاب جواز توكيله غيره فيه باعتباره عملا ماديا .

استحدث المشرع نظام الطعن بطريق النقض من النائب العام لمصلحة القانون ، لمواجهة صعوبات تعرض فى العمل ، وتؤدى الى تعارض احكام القضاء فى المسألة القانونية الواحدة ، ويجدر لمصلحة القانون والعدالة عرض هذه المسألة على المحكمة العليا لتقول كلمتها فيها فتضع حدا لتضارب الأحكام . ولما كان الطعن بهذه المثابة لا يتقيد بميعاد لأنه انما يستهدف مصلحة عليا هى مصلحة القانون لارساء المبادىء القانونية الصحيحة على أساس سليم ، وكان الخصم الحقيقى فى هذا الطعن هو ذات الحكم المطعون فيه بما لا محل معه لدعوة الخصوم فقد اوجبت المادة ٢٥٠ مرافعات ان يوقع النائب العام نفسه على صحيفة الطعن أو على التقرير بالنقض بحسب الأحوال مما مفاده ان هذا التقرير أو تلك الصحيفة تعدان ورقة شكلية من اوراق الاجراءات فى خصومة النقض المرفوعة بهذا الطريق والتى يجب أن تحمل مقومات وجودها . فيتعين ان يوقعها من الزم القانون صدورها عنه وهو النائب العام ، اعتبارا بأن التوقيع هو السند الوحيد الذى يشهد بحصولها ممن صدرت عنه على الوجه المعتبر قانونا . لا يغير من ذلك ان يكلف النائب العام أحد أعوانه بتولى صياغة الاسباب التى يبنى عليها الطعن ، لانه فى هذه الحال يجب على النائب ان يوقع على ورقتها بما يعتبر اقراره اياها اذ الاسباب هى فى الواقع من الامر جوهر الطعن وأساسه ووضعها من أخص خصائصه . أما ايداع صحيفة الطعن او التقرير به فى قلم كتاب محكمة النقض فليس ثمة ما يمنع من أن يحصل فيه التوكيل باعتباره عملا ماديا يستوى فيه ان يباشره بنفسه أو يكل امره الى غيره .

طعن ٤٧/٤٣ ق — س ٣١ ص ٤٨٣

□■□

(المبدأ ٣٩) : اثارة السبب المتعلق بالنظام العام من المطعون عليه امام محكمة النقض ـ شرطه .

انه وان كان يجوز للمطعون عليه ، كما هو الشان بالنسبة للنيابة العامة ولمحكمة النقض ، ان تثير فى الطعن ما يتعلق بالنظام العام الا أن ذلك مشروط بأن يكون واردا على الجزء المطعون عليه من الحكم ، واذ كان الثابت أن تقرير الطعن يقتصر على ما قضى به الحكم فى شان الاختصاص ، فلا يجوز للمطعون عليها أن تتمسك فى دفاعها أمام هذه المحكمة بعدم ولاية المحاكم بنظر الدعوى بناء على تعلقه بالنظام العام .

نقض ٣٨/٥ ق (٧٢/٣/٢٩) — س ٥٦٥/٢٣

(المبدأ ٤٠) : خطأ الحكم الاستئنافى بتطبيق حكم استحقاق النصيب الايل على النصيب الأصلى . نقض الحكم . لازم ذلك .

اذا كانت محكمة النقض قد فصلت بحكمها الصادر فى الطعن الذى سبق أن اقامه المطعون عليهم عن الحكم الاستئنافى الأول ، بأن النصيب الذى يستحقه .. هو نصيب أصلى لا نصيب ايل عن عقيم ويغايره ، وان الدعوى التى رفعها ـ تتضمن طلب استحقاقهم لنصيبهم الأصلى عن .. ونصيبهم الايل عن العقيم ـ وان الحكم الاستئنافى السابق قد اخطأ فى تطبيق القانون اذ طبق حكم استحقاق النصيب الايل على النصيب الأصلى وقضى برفض الدعوى ، فان لازم هذا القضاء بالنسبة للنصيب الأصلى هو قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقام أصله فى الدرجة والاستحقاق .

نقض ٣٨/٩ ق (٧٢/٢/٢٣) س ٢٤٧/٢٣

□■□

(المبدأ ٤١) : الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية لمخالفة قواعد الاختصاص . قصره على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلق بوظيفة المحاكم .

لا تجيز المادة الثانية من القانون ١٩٥٩/٥٧ بشأن حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية لمخالفة قواعد الاختصاص الا اذا خالف الحكم قاعدة من قواعد الاختصاص المتعلق بوظيفة المحاكم ، فاذا كان ما تعيبه الطاعنه على الحكم المطعون فيه مخالفته قواعد الاختصاص النوعى فان طعنها بهذا السبب يكون غير جائز .

نقض ٢٩/٤٩٢ ق (٦٤/١٢/١٧) س ١١٦٦/١٥

□■□

(المبدأ ٤٢) : قضاء محكمة اول درجة برفض ابطال اشهاد وراثة مع تحديد جلسة لنظر طلب اثبات الوفاة والوراثة ـ تاييده استئنافيا عدم جواز الطعن فيه بطريق النقض استقلالا .

نص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات الواردة ضمن القواعد العامة للطعن فى الأحكام صريح فى عدم جواز الطعن فى الأحكام التى تصدر اثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها وذلك فيما عدا الاحكام الوقتية والمستعجلة الصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى ، واذ قضى حكم محكمة أول درجة برفض الدعوى

بالنسبة لطلب بطلان اشهاد الوفاة والوراثة الصادر لصالح المطعون ضدها الرابعة باعتبارها من الورثة وباعادة القضية الى المرافعة لنظر باقى الطلبات وهى طلب الطاعنة اثبات الوفاة وانها من ورثة المتوفى بصفتها زوجته واستحقاقها ربع تركته لعدم وجود الفرع الوارث فاستانفته الطاعنة فقضى الحكم المطعون فيه بتاييد الحكم المستانف . واذ كان هذا القضاء قد صدر فى شق من موضوع الدعوى ولم ينه الخصومة كلها ولا يعد من قبيل الاحكام التى استثناها القانون على سبيل الحصر فانه لا يجوز الطعن فيه على استقلال .

طعن ٤٧/١٨ ق س ٣١ ص ٩١٧ ج ١

□■□

(المبدأ ٤٣) : الخطأ فى اسماء الخصوم لا يصلح سببا للطعن بطريق النقض .

الخطأ فى اسماء الخصوم لا يصلح سببا للطعن على الحكم بطريق النقض .

نقض ٣١/٨ ق (٦٤/١١/١١) س ١٥/١٠١٤

□■□

(المبدأ ٤٤) : الجدل الموضوعى ــ عدم جواز اثارته امام محكمة النقض .

اذا استخلصت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية ان الطاعنة (الزوجة) قد انضمت الى طائفة الروم الارثوذكس واستمرت كذلك حتى انعقدت الخصومة فى الدعوى الحالية (دعوى اثبات طلاق) واطرحت المحكمة المستندات التى قدمتها الطاعنة للتدليل على انها عادت الى طائفة الاقباط الارثوذكس (طائفة الزوج) ولم تعول عليها ، وانه بهذا الوضع يكون الطرفان مختلفى الطائفة ، واستندت فى كل ذلك الى اسباب سائغة لا مخالفة فيها للثابت فى الأوراق فان النعى على الحكم المطعون فيه يكون مجرد جدل موضوعى لا يسوغ طرحه امام محكمة النقض .

نقض ٤١/٧ ق (٧٣/٤/١٨) س ٩٢١/٢٤

□■□

(المبدأ ٤٥) : الجدل فى فحوى الدليل وتقدير كفايته ــ من شأن محكمة الموضوع .

الجدل حول وجوب معرفة اقوال المورث التى وردت فى محضر الشرطة على وجه الدقة وما اذا كان له توقيع عليها وتثبت رجل الشرطة من شخصيته أم لا ــ وهو جدل موضوعى فى فحوى الدليل وتقدير كفايته أو عدم كفايته فى الاقناع وهو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه .

نقض ٣٠/٢٣ ق (٦٤/١/٢) س ٢٢/١٤

□■□

(المبدأ ٤٦) : حكم صادر من محكمة ابتدائية فى استئناف حكم محكمة جزئية بتقرير نفقة عدم جواز الطعن فيه بالنقض فى غير الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ٤٢٥ ، ٤٢٦ مكررا مرافعات .

الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف يكون جائزا فى الأحكام والقرارات الصادرة فيها من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٤٢٥ مكررا من قانون المرافعات وفى أى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٤٢٦ من ذلك القانون ــ فاذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة ابتدائية فى استئناف محكمة جزئية بتقرير نفقة وليس فى قضية من قضايا وضع اليد ولا صادرا فى مسألة اختصاص ولا فصل فى نزاع خلافا لحكم سابق فان الطعن بالنقض فيه يكون غير جائز طبقا للمادتين سابقتى الذكر.

نقض ٢٦/٣٠ ق (٥٧/١٢/٥) م ش ٨٩٤/٨

□■□

(المبدأ ٤٧) : عدم تقديم المحامى الذى رفع الطعن سند وكالته عن الطاعن حتى تمام المرافعة . أثره .

اذا كان رافع الطعن لم يقدم سند وكالته عن الطاعن للوقوف على ما اذا كان التوكيل يخول الطعن بالنقض أم لا يخول له ذلك ، ولم يقدم رافع الطعن هذا التوكيل الى ما قبل أن تقرر المحكمة حجز الطعن للحكم . فانه يتعين عدم قبول الطعن .

نقض ٢٠٣/٤٤ ق س ٣٠ ص ٣٣٩

□■□

نـكاح (١)

(المبدأ ٢) : الزواج ضرورة اجتماعية لبقاء النوع الانسانى وبه تتكون الأسر والعشائر والشعوب وليتعارف بعضهم ببعض .

---

(١) قال صاحب المبسوط « ان النكاح فى اللغـة عبـارة عن الوطء ثم يستعار للعقـد مجازا اما لأنه سـبب شرعى يتوصل به الى الوطء أو لأن فى العقد معنى الضم فان أحدهما ينضم به الى الآخر ويكونان لشخص واحد فى القيام بمصالح المعيشة ، ثم أضاف ويتعلق بهذا العقـد أنواع من المصـالح الدينية والدنيوية ، من ذلك حفظ النسـاء والقيام عليهن والانفـاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا ، ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول صلى الله عليه وسلم وتحقيق مباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم بهم كمـا قال « تناكحوا تناسلوا تكثروا فانى مبـاه بكم الأمم يوم القيامة » وسـببه تعلق البقاء المقدور به الى وقته فان الله حكم ببقـاء العـالم الى قيام السـاعة وبالتناسل يكون هذا البقـاء ـ وهذا التناسـل عادة لا يكون الا بين الذكور والاناث ولا يحصل ذلك بينهمـا الا بالوطء فجعل الشرع طريق ذلك الوطء النكاح لأن التغـالب فساد ، وفى الاقـدام بغير ملك اشـتباه الانسـاب وهو سبب لضياع النسل لما بالاناث من بنى آدم من العجز عن التكسب والانفاق على الاولاد فتعين الملك طريقا له حتى يعـرف من يـكون منه الولد فيوجب عليه نفقته لئلا يضيع وهذا الملك على ما عليه حال الادمى من الحرية لا يثبت الا بطريق النكاح فهذا قولنا أنه تعلق به البقاء المقدور به الى وقتـه (راجع المبسوط جزء رابع ص ١٩٢ للامام السرخسى) .

وجاء فى الفتاوى الهندية عن تفسير النكاح أنه (عقـد يرد على ملك المتعـة قصدا وركنـه الايجـاب والقبـول ، وشروطه (١) العقل والبـلوغ والحرية فى العاقد الا أن الاول شرط انعقاد فلا ينعقد نكاح المجنون والصبى الذى لا يعقل والآخرين شرطا نفاذ فان نكاح الصـبى العاقل يتوقف نفاذه على اجازة وليه (٢) المحل القابل وهى المرأة التى أحلهـا الشرع بالنكاح (٣) سماع كل من العاقدين كلام صاحبه . (٤) الشهادة : قال عامة العلماء أنهـا شرط جواز النكاح ، وشرط الشـاهد أربعة أمور ـ الحرية والعقل والبلوغ والاسلام (٥) سماع الشـاهدين كلاهما معـا ؛ (٦) رضى المرأة اذا كانت بالغـة بكرا كانت أو ثيبا فلا يملك الولى اجبارها على النكاح (٧) أن يكون الايجاب والقبول فىمجلس واحد (٨) أن لا يختلف الايجاب والقبول (٩) أن يضيف النكاح الى كليهما (١٠) أن يكون الزوج والزوجة معلومين .

خلق الله الذكر والأنثى وكان من سامى حكمتـه أن جعل ميل احـد النوعين للآخر فطريا وحبه طبيعيا ، وبقدر هذا الحب وذلك الميل تكون السعادة والهناءة واستجابة لدواعى الغريزة الفطرية ، وابقاء النوع البشرى على أساس سليم ، الى الامد الذى قرر له أن يبقى ، ودرء المفاسد والشيوع فى النسل الذى يبعث الانحلال فى الامم ، ويهدم صرحها ويقوض بنيانها ولا يدفع هذا الخطر سوى اختصاص الأنثى برجل ، حتى لا يحرم النسـل ، رعايـة الآباء وعطفهم وحنـان الأمهات وشـفقتهن وما الأمـة الا الأفـراد والجماعات والعشـائر فاذا قامت الامة على اسـاس متـين من الناحيـة الاجتماعية فانها بلاشك ستكون امة متماسكة متناصرة قوية الساعد مرهوبة الجانب لا تقهر ولا تنال لذلك كله حض الاسلام على الزواج ورغب فيه فقال الله فى دستوره الخالد فى معرض تعداد النعم على عبـاده ومن آياته أن خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون وقال محمد ابن عبد الله صلى الله عليه وسلم وهو لاينطق عن الهوى فيما رواه عنـه ابن عباس « الا اخبركم بخير ما يكنز المرء المـرأة الصـالحة اذا نظر اليها سرته واذا غاب عنهـا حفظته واذا امرهـا طاعته » فالفطرة البشرية هادية للزواج فهى تشوق كل رجل طلب الازدواج مع امراة وكل امراة الى قبول اتحاد مع رجل فاذا كان اساس الرابطة الزوجية المودة والمحبة كما ذكر القرآن ارتبطت القلوب وتوحدت المصلحة وصارت الصلة بين الزوجين أقوى صلة فى هذا العالم فيسكن كل منها الى الاخر عند الاضطراب ويانس بما لا يانس بالأهل والأصحاب وانك لتجد صورة واضحة لهذا حـين تقرأ قول الله جل شانه « هن لباس لكم وانتم لباس لهن » واذا كانت كلمـة الزوج تطلق على كل منهما فبالزوجين اذا كونا حقيقة الزوجية ولا ضير اذا قلنا انهما حقيقة واحدة ظهرت فى صورتين وروح واحدة فى جسدين وبناء واحد اقيم بركنين وفى هدى الرسول نبراس لكل من الزوجين يهتدى بهدية فرسم لكل منهما مسلكه بالنسبة للاخر فخاطب الزوجة بقوله « لو أمرت احدا لن يسجد لغير الله لأمرت الزوجة ان تسجد لزوجها » وخاطب الزوج

واحكام النكاح : (١) حل استمتاع كل منهما بالاخر على الوجه المأذون فيه شرعا (٢) ملك الحبس وهو صيرورتها ممنوعة من الخروج والبروز (٣) وجوب المهر والكسوة والنفقة عليه وحـرمة المصـاهرة والارث من الجانبين ووجوب العدل بين النسـاء وحقوقهن ووجوب الطاعة عليهـا اذا دعاها الى الفراش وولاية تاديبها اذا لم تطعـه بان نشـزت واسـتحباب معاشرتهن بالمعروف (٤) تحريم الجمع بين الأختين ومن فى معناهما .

(راجع الفتاوى الهندية جزء اول كتاب النكاح) .

بقوله « خيركم لأهله وانا خيركم لأهلى » فمن حقه عليها السمع والطاعة والمحافظة على عرضه وماله ومن حقها عليه أن ينفق عليها النفقة الواجبة على مثله وان يعاملها بالحسنى ولعل اوجز اية قررت الحقوق والواجبات هى قوله تعالى فى كتابه الكريم « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » فهذه الاية تعتبر قاعدة كلية قاطعة بان المراة مساوية للرجل فى جميع الحقوق والواجبات الا أمرا واحد عبر عنه القران بقوله وللرجال عليهن درجة فسرها جل شانه بقوله « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا أموالهم « فما من عمل تعمله المراة الا وعلى الرجل عمل مثله كذلك قال ابن عباس رضى الله عنه « انى لا تزين لا مراتى كما تتزين لى لهذه الاية ومن هذا يتبين ان الدرجة التى وصلت اليهـا المراة المسلمة بفضل تعاليم الدين الاسلامى لم يرفعها اليها دين سابق ولا شريعة من الشرائع .

٥٣/٦٥٢ مصر الجديدة (٥٤/٢/٢) م ش ٢١٧/٢٤

□■□

(المبدا ٢) : شاءت الشريعة الاسلامية ان تكون الزوجية صلة امتزاج وتحابب وتالف وعطف ورحمة بين الزوجين بل لقد شاءت ان يكون كل من الزوجين جزءا مكملا لصاحبه .

شاءت الشريعة الاسلامية ان تكون الزوجية صـلة امتزاج وتحابب وتالف وعطف ورحمه بين الزوجين بل لقد شاءت ان يكون كل من الزوجين جزاء مكملا لصاحبه (جعل لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليهـا وجعل بينكم مودة ورحمة) ، وارادت ان يكون هـذا الرباط المقـدس بعيـدا عن المنازعات والأهواء حتى يتحقق القصـد منه من سـكون النفس وسـعادة الأسرة ورتبت لكل من الزوجين قبل صاحبه حقوقا جعلت كلها الى تقصيه فى استجلاب رضا اخيه وعطفـه ، وفرقت فى كثير من احكام امور تقع بينهما او بين احدهما والأجنبى عنهما ارايت لو سرقت امراة من زوجها أو سرق رجل من امراته ثم طلقها قبل الدخول فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لأن الاخذ حين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية ، ثم ارايت لو سرق رجل امراة أجنبية ثم تزوجها قبل ان يقضى عليه بالقطع لم يقطع مطلقا لأن الزواج مانع طرأ على الحد ، والمانع الطارىء فى الحدود كالمفارق ، بل ارايت لو تزوجها بعـد ما قضى عليه بالقطع فانه لا يقطع ايضـا عنـد الامام الأعظم للشبهة الطارئة وهى شبهة الملك ممـا يفهم منه أن الشـارع يريد البقاء على هذه العلاقة الروحانية التى يخلقها الزواج بين الزوجـين فلم يشأ ان يأخذ بحق لصاحبه وفيه شيء من الشبهة بل ولو كانت هذه الشبهة

طارئة على فعله وما أعفي الزوجان من القطع الا لسبب وجود الشبهة القوية لكل منهما فى ملك صاحبه لانعدام الحرز فقط لأن انعدام الحرز غير متحقق حين حصول السرقة قبل الزواج فكل منهما اجنبي عن الاخر قبله ولكنه القصد الى دوام الالفة وبقاء الاسرة سليمة بعيدة عما يوجب الفرقة فاذا كان هذا الشارع فى الكثير من احكامه بالنسبة للزوجين فكيف لا يكون مقام الزوجية عذرا قويا يمنع الزوجة من المطالبة بحقها وخصوصا اذا كان هذا الدين بعضه مقدم صداقها حرصا على دوام العشرة واستبقاء لعطف الزوج وحنانه الذى تعيش فى كنفه والذى لم تجد منه ما يشعرها بقطيعة أو جفاء .

٣٦/٧٧٦ تلا (٣٧/٤/٢٠) م ش ٢٩٢/٧/٨

□■□

(المبدأ ٣) : ليس الغرض المقصود من النكاح هو المخالطة الجنسية فقط بل للزواج مقاصد اخرى غير الوطء يمكن استيفاؤها .

المنصوص عليه شرعا أن النفقة جزاء الاحتباس وليس المقصود بالنكاح هو الوطء فحسب بل للنكاح مقاصد أخرى غير الوطء ، ولم يقل الفقهاء انه اذا فات الوصول الى هذا الغرض وهو الجماع كان ذلك مانعا للزوجة من حصولها على النفقة من زوجها ــ وقد نص الجزء الثالث من فتح القدير فى الصحيفة رقم ٣٢٥ على أن للرتقاء والقرناء والتى أصابها مرض يمنع من الجماع والكبيرة التى لا يمكن وطؤها لكبرها النفقة مع أن الاحتباس فيهن لغير الوطء ، لأن المعتبر فى أيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع و الدواعى ، والانتفاع من حيث الدواعي موجود فى هؤلاء .

٣٣/٥٣٥ طلخا (٤٣/٥/١٦) م ش ٧٨٦/٦

□■□

(المبدأ ٤) : العلاقة الزوجية .

ان المحاكم الشرعية قد اضطربت كلمتها فى علاقة الزوجية ــ فبعضها يرى أنها عذر شرعي يمنع الزوجة من مطالبة زوجها بحقها الذى لها عليه حفظا لعلاقة الزوجية وابقاء عليها ــ وبعضها يرى انها ليست بعذر شرعي وهي علاقة ليست أعلا شأنا من علاقات الأبوة والبنوة والامومة والاخوة واستدل هذا البعض الأخير تعزيزا لرأيه بما جاء فى آخر كتاب الوقف من ابن عابدين عند الكلام على المسائل التى يكون فيها السكوت كالقبول فقد ذكر فى المسألة الرابعة والعشرين ما يأتى « سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا اقرار بأنه ليس له » زاد الشارح (كذا سكوتها عند بيع زوجها) لما

فى البزازية ـ والفتوى على عدم سماع الدعوى فى القريب والزوجة واستنتج هذا البعض من ذلك ان الزوجية لو كانت عذرا لسمعت دعواها بعد السكوت المشار اليه ـ فعدم سماع دعواها يدل على انها ليست عذرا فى تأخير الدعوى .

٤١/٢٤٨ ابو قرقاص (٤٢/٦/٣٠) م ن ٦٦/١٥

□■□

(المبدأ ٥) : الشريعة الاسلامية احلت للمسلم ابتداء ان ينكح الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل .

الشريعة الاسلامية الغراء كما احلت للمسلم نكاح المسلمة ابتداء احلت له ايضا ان ينكح ابتداء الكتابيات المؤمنات بكتاب منزل كاليهود والنصارى سواء ذميات او مستأنسات او حربيات او حرائر او أماء واحل للمسلم نكاح من ذكر من الكتابيات ابتداء بالاية وبفعل الصحابة رضوان الله عليهم اما الاية فقوله تعالى « اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ـ اى واحل لكم المحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب والمراد بالمحصنات فى الاية العفائف والى هذا ذهب عامة المفسرين لكن العفة ليست بشرط فى حل نكاح الكتابية كما انها ليست بشرط فى حل تزوج المسلمة بل المراد من ذلك بعث الانسان على التخير لنطفه او هو جرى على العادة ، وليس المراد من المحصنات فى الاية المسلمات كما ذهب بعض الفقهاء محتجا لذلك بما راى لأن تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ولأن تفسير المحصنات فى الاية بالمسلمات يفيد ان المعنى « واحل لكم المسلمات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم » وهؤلاء ان كن قد متن وانقرض فلا فائدة من النص على حلهن اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء ، وان كن احياء ودخلن احياء فى دين الاسلام فحلهن حينئذ معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين ، بل يدخل حلهن ايضا فى قوله تعالى « والمحصنات من الذين اتوا الكتاب » وان كن احياء ولم يدخلن فى دين الاسلام فالاية عين الدليل فيه حيث ابيح بها نكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن ، فنكاح الكتابيات الباقيات على ملتهن حلال ابتداء بالاية .

اما فعل الصحابة فخطبة بعضهم ، وتزوج بعض اخر رضوان الله عليهم فممن خطب المغيرة ابن شعبة خطب هندا بنت النعمان بن المنذر وقد كانت نصرانية ، وممن تزوج بالكتابيات الباقيات على ملتهن حذيفة وطلحة

وكعب بن مالك ـ وغضب عمر خوف الفتنة على الولد ـ فقالوا انطلق يامير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره فلو لم يصح تزوج الكتابيات الباقيات على ملتهن لم يتصور منهم طلاق على حقيقته اذ قالوا « نطلق يا امير المؤمنين » وعلى هذا فنكاح الكتابيات حلال ابتداء .

٢٨/٦٧٣ جرجا (٢٩/٦/١٥) م ش ١/٤٢٧

□■□

(المبدا ٦) : ركن الزواج الايجاب والقبول .

الزواج مما لا يخفى على الزوجين لأن ركنه الايجاب والقبول شرعا فلا يغتفر التناقض فى دعوى الزوجية ، ولا تقبل دعوى امراة انها زوجة لرجل اذا كانت قد اعترفت بانها زوجة لغيره فى نفس الوقت .

١٢٣/٣٣ طنطا (٣١/١/٢٧) ت س م ش ٣/٢٦٤ع

□■□

(المبدا ٧ : اشترط الفقهاء لانعقاد النكاح للمسلمين حضور شاهدين مسلمين تعظيما لهذا العقد واظهارا لشرفه وخطره بينهما .

اشترط الفقهاء لانعقاد النكاح للمسلمين حضور شاهدين مسلمين تعظيما لهذا العقد واظهارا لشرفه وخطره بينهما ، وتطبيقا لهذا الشرط ينعقد نكاح المسلمين بمعنى انه لا يتم الارتباط بين الايجاب والقبول على وجه يظهر اثره فى المحل ويستصحب احكامه فيه اذا لم يحضره شاهدان مسلمان او كان احدهما مسلما والاخر غير مسلم .

٤٦/٢٨٤ بور بنعيد (٤١/٣/١٢) ت س م ش ١٨/٢٨٨

□■□

(المبدا ٨) : شرط نفاذ عقد الزواج اجماعا كمال اهلية المتعاقدين بالفعل والبلوغ والحرية ـ فاقد الاهلية (الصغير غير المميز والمجنون) لا ينعقد زواجه بنفسه بل الذى يزوجه وليه ـ ناقص الاهلية (الصغير المميز والمعتوه المميز والرقيق المملوك) لا ينعقد زواجه بنفسه وانما يتوقف على اذن وليه او اجازته .

الاجماع الفقهى على ان فاقد الاهلية وهو الصغير غير المميز والمجنون لا ينعقد زواجه بنفسه بل الذى يزوجه وليه اذ اهلية العاقدين بالتمييز شرط فى انعقاد الزواج اجماعا لان فاقد التمييز لا ارادة له ولا يتصور منه رضاء لعقد .

والاجماع الفقهى على ان ناقص الاهلية وهو الصغير المميز والمعتوه المميز والرقيق المملوك لا ينعقد زواجه بنفسه وانما يتوقف على اذن وليه او اجازته فكمال الاهلية بالعقل والبلوغ والحرية شرط لنفاذ هذا العقد اجماعا

٣٩/٨٨٨ كرموز (٤٠/٤/٢٧) م س ١١٢/٢/١٢

□■□

(المبدأ ٩) : يصح عقد النكاح بشرطين اولهما ان تكون المراة محلا لعقد النكاح وثانيهما ان يحضر العقد شاهدان .

ان الفقة يقضى بأن عقد النكاح يصح بشرطين - (الاول) ان تكون المراة محلا لعقد النكاح عليها بأن تكون غير محرمة على من يريد تزوجها ، (الثانى ان يحضر العقد شاهدان فلم يكن من شروط صحته العقل) .

٣٣/١٠٧٤ الجمالية (٣٤/٩/١٨) ت س م ش ٣٥٥/٦

□■□

(المبدأ ١٠) : قول الزوج انه خدع عند عقد الزواج وعرضت عليه امراة غير التى تم العقد عليها أن صح لا يفسد العقد ولا يدفع دعوى النفقة .

الزواج رابطة مقدسة لما يترتب عليه من تبعات جسيمة فى الانتساب والتوارث وحقوق ذوى القربى ولذلك أحاطه الشرع بكثير من الظواهر التى تضمن سلامته من لغو الهازلين وعبث المستهزئين فجعله من العقود التى تصح مع الهزل ولا تقبل الفسخ حتى لا يقدم عليه الا من يقدر تبعته ويحمل أجره قال عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الزواج والطلاق والرجعة، ولذلك ربطت احكامه بصفته وان ضمنه ذو الشأن غير ما يفهم منها فقد جاء فى باب الزواج فى الدر وحاشية رد المحتار نقلا عن الفتح والخانية وغيرهما لو له بنتان اسم الكبرى عائشة والصغرى فاطمة وكان المراد تزويجه الكبرى ولكن عند اجراء الصيغة قال خطأ زوجتك بنتى فاطمة قيل صح العقد للصغرى ولا تنفع النية ولا معرفة الشهود ولو قال ابو الصغيرة لابى الصغير زوجتك ابنتى ولم يزد على ذلك فقال ابو الصغير قبلت يقع النكاح وان جرت مقدماته للاثنين على المختار ، فقول المدعى عليه ان صح لا اثر له ولا يعدو ان يكون اقرارا بزواج المدعية .

٣٨/٣٠١ كوم امبو (٣٩/٥/٢٨) م ش ٨٨/٦/١١

□■□

(المبدأ ١١) : من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد النكاح .

الأصل عند علماء الحنفية ان كل من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد النكاح بحضوره (الدر المختار ص ٣٧٦ جزء ٢ والبحر ص ٨٩ جزء ٣) .

٤٦/٢٨٤ بورسعيد (٤١/٣/١٢) ت س م ش ٢٨٨/١٨

□■□

(المبدأ ١٢) : نص علماء الحنفيــة على ان للنكاح حكمان حكم الانعقاد وحكم الاستظهار .

علماء الحنفية نصوا على أن للنكاح حكمان ، حكم الانعقاد وحكم الاستظهار (البحر ص ٨٩ ، ص ٣) وعرفوا الانعقاد بأنه تعلق وارتباط أحد الكلامين بالاخر على وجه يظهر اثره فى المحل (العناية ص ٧٤ جزء ٥) كما عرفوا الاظهار انه الاثبات عند التجاحد .

٤٦/٢٨٤ بورسعيد (٤١/٢/١٢) ت س م ش ٢٨٨/١٨

□■□

(المبدأ ١٣) المعتبر فى التسمية الاسم المتفق عليه لا ما كتبه الكاتب مخالفا له ــ خلط الاسم لا يضر لجواز ان يكون للشخص اسمان .

الفقه يقضى بأن المعتبر فى التسمية الاسم المتفق عليه لا ما كتبه الكاتب مخالفا وانه اذا تصادق الخصمان على شىء ثم قال احدهما انك مخطىء لا يلتفت اليه الا اذا توقفا على الخطأ ولان خلط الاسم لا يضر لجواز ان يكون للشخص اسمان كما نص على ذلك فى الجزء السادس من الفتاوى المهدية ص ٦٩ ، ٢٤٤ ، ٧٠ وفى الجزء الرابع ص ٩٠ .

٣٢/١٥٥٤ الجمالية (٣٣/٨/١٥) ت س م ش ٦٨٧/٧

□■□

(المبدأ ١٤) : قال الزوج للبكر البالغة بلغك النكاح فسكت ، وقالت رددت ، ولا بينة لهما على ذلك ولم يكن دخل بها طوعا فالقول لها بيمينها كما لو زوجها ابوها زاعما عدم بلوغها فقالت انا بالغة والنكاح لم يصح « اى لم ينفذ » وهى مراهقة وقال الأب او الزوج بل هى صغيرة فالقول لها بلا يمين ان ثبت ان سنها تسع سنين ولم يكذبها الظاهر .

وحيث ان اساس الموضوع من الوجهة الشرعية ما جاء فى التنوير وشروحه من باب الولى « قال الزوج للبكر البالغة بلغك النكاح فسكت ،

وقالت رددت ، ولا بينـــة لهما على ذلك ولم يكن دخل بهــا طوعا فالقول لها بيمينها ــ كما لو زوجها ابوها زاعما عدم بلوغها فقــالت انا بالغة والنكاح لم يصح ــ وهى مراهقة ــ وقال الأب أو الزوج بل هى صغيرة فان القول لهــا ان ثبت أن ســنها تسع سنين » ولم يكذبها الظــاهر كمــا نص عليــه فى غير هذا المكان . فهناك مسألتان : احداهما أن يكون الخلاف فيهــا بين البــالغة وغيرها فى السكوت بعد العلم بالعقد . وهو السكوت الذى يعتبر رضا منها بالعقد الخ . والاخرى يكون الخلاف فيها بين صغيرة لم تــدرك سن البلوغ الشرعى ولكنها مراهقة ببلوغها التسع فما فوقهــا الى ما دون الخامســة عشرة ، وبين غيرها فى بلوغها وعدمه ، والنص المذكور يعطى حكما واحدا فى المسألتين وهو ان القول لها فى الرد والبلوغ عند عدم البينة .

وقال فى البحر « ان الفضولى هو من يتصرف لغــيره بغــير ولاية ولا وكالة او لنفسه وليس اهلا . ومن المقرر شرعا ان عقده موقوف على اجازة صاحب الشأن فهو منعقد صحيح غير نافذ ، فان اجازه من يملك امضــاء العقد نفذ والا بطل وكل من مارس كتب المؤلفين فى الفقة الاسلامى يعرف أن بعض الالفاظ فيها ينوب عن بعض من باب التسامح فى التعبير فيقولون مثلا « لا يجوز » ويعنون لا يصح ، ويقولون جاز ويقصدون نفــذ وقد يتكرر ذلك منهم فى الصفحة الواحدة من الكتاب الواحد . (يراجع ابن عابدين ص ٢٣٣ جزء ٢) .

واذا رجعنا لعبارة التنــوير الســابقة وهو قوله « فقالت انا بالغــة والنكاح لم يصح » ولاحظنا ما سبق ، وأن الفضولى لو كان مكان الأب هنا وكان الخلاف معه لما كان عقده باطلا بل كان موقوفا على اجازتها شأن سائر عقوده ، فاننا نجزم بأن قوله « لم يصح » معناه لم ينفذ لأن الأب لا يكون أحقر شأنا من الفضولى ، وهكذا منهم ابن عابدين رضى الله عنــه فى مسألة تزويج الأب بنته البالغة بحضور شاهد واحد ، فانه علل توقف العقــد على اجازتهــا اذا لم تكن حاضره مجلس العقــد بأن الأب لا يكون أدنى حالا من الفضولى (ص ٢٨٢ ج ٢) .

والقول بان الأب فى الصغيرة قد انتحل لنفسه صــفة ليست له فوقع عقده باطلا « بمعنى غير منعقد أصلا » قول لا دليل عليه تأباه القواعد العامة وتســامح المؤلفين فى التعبير اتكالا على علم القــارىء وفطنته ، ويؤيد ذلك : (١) قولهم أن الولى الأبعــد اذا زوج الصغيرة مع وجود الولى الأقرب توقف العقد على اجازته فان اغتصاب الأبعد صفة الأقارب واضح هنا ولم يقتض بطلان العقد (٢) وقولهم أن الصغيرة اذا زوجت نفسها بكفء أو بمهر المثل

ولا ولى لها ولا حاكم ثمة صح العقد وتوقف على اجازتها بعد البلوغ ، وعليه عمل القضاة وفهمهم قديما وحديثا (راجع ص ٢٣٨ من السنة العاشرة لمجلة المحاماه الشرعية وص ١٤٦ من السنة الحادية عشرة لها وص ١٢٤ من السنة الاولى لمجلة القضاء الشرعى) .

٣٠/٢٣٥ طنطا (٢١/٣/٥) ت س م ش ٨٢/٢

□■□

(المبدا ١٥) : طلب فسخ عقد الزواج لانعدام شرط البكارة غير مقبول بعد الاتفاق على الدخول لتعلقه بالمحل ، والمحل تبع فالمنكر له بعد الاتفاق على الأصل كالراجع عنه .

يقضى الفقة بأن الرجل اذا تزوج امراة بشرط انها بكر فوجدها ثيبا صح ولزمه كل المهر للدخول فان طلقها قبله وجب نصفه ـ كما نص على على ذلك فى الفتاوى الهدية جزء اول ص ٢٨ ، وحيث ان المدعى معترف بالدخول فالنكاح صحيح ولا يمنع صحته عدم البكارة كما يزعم لان البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح كما نص على ذلك فى الاشباه فى باب النكاح ولأن عدم البكارة لا اعتبار له فى صحة النكاح لتعلقه بالمحل والمحال فى حكم الشروط تبع وقد اتفق الخصمان على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الأصل كالراجع عنه فاذا دخل بها كان الدخول رضاء بذلك النكاح كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من فتح القدير ص ٣٥٧ وفى الجزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار ص ٥٥٨ ، ٦٥٠ . واما ما قاله من الحمل فلا اعتبار له لأنه قال انه عرفه لأن وجودها ثيبا ولاحتمال أن يكون ما بها انتفاخا وليس بحمل .

٢٣/١٣٦٩ الجمالية (٣٣/٢/٢٥) ت س م ش ١٩٩/٨

□■□

(المبدا ١٦) : لا يجوز نكاح الثيب بغير اذنها .

من احكام الثيب حقيقة انه لا يجوز نكاحها بغير اذنها نصا ، وانها على فرض وجودها فى مجلس العقد لا يكتفى بسكوتها فاذا زوجت بغير اذنها توقف التزوج على رضاها فان رضيت جاز وان ردت بطل سواء كان المزوج اجنبيا او وليا ، لانعدام الولاية بالنسبة لها فى هذه الحالة لأن الوكالة لا تثبت الا بالقبول (راجع البدائع ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ جزء ٢) .

٤٤/٢٣١ الفيوم (٤٥/٤/٢٢) م ش ١٥٨/١٧

(المبدأ ١٧) : يرتفع النكاح بين الزوجين بقول اخرى انها ارضعتهما اذا صدقها الزوج ولو كذبتها المراة ولا يصدق فى حق المهر كما لو اقر بامراة انها اخته من الرضاع وكان ذلك بعد الدخول فرق بينهما .

المنصوص عليه شرعا انه اذا تزوج الرجل امراة فقالت امراة اخري انا ارضعتهما وصدقها الزوج وكذبتها المراة يرتفع النكاح ولكن لا يصدق الزوج فى حق المهر ان كانت مدخولا بها ويلزمه مهر كامل والا تنصف المهر ، واذا اقر بامراة انها اخته من الرضاع وكان ذلك بعد الدخول واصر فرق بينهما (تراجع الانقروية ــ باب الرضاع) فلا حاجة لذلك لتوجيهــه اليمين الى المستأنف عليها .

٣٥/٧٣ س ك الزقازيق (٣٦/٢/٢) م ش ٤٥٧/٧

□■□

(المبدأ ١٨) : اقرار الزوج بفساد النكاح يقتضى التفريق بينه وبين زوجته .

ان المنصوص عليه ان الزوج لو اقر بفســاد النكاح فانه يعامل بهــذا الاقرار ويعتبر قوله فى حق الفرقة كأنه طلقها (ص ٥٩ من الجزء الرابع من البحر) وقد اقر المعارض بفساد النكاح وقامت البينة على فساده فيجب التفريق بينهما .

٣٦/٢٩٨٧ الضواحى (٣٨/٨/٢) ت س م ن ٢٦٤/١٠

□■□

(المبــدأ ١٩) : طرق اثبــات الانكحة اربعــة ، الانقــلاب والاقتصــار والاستناد والتبيين .

ومن حيث انه قد نص ايضا على ان طــريق ثبوت الأنكحة أربعــة : الانقلاب والاقتصار والاستناد ، والتبيين ، وانه لا يمكن تطبيق هذه الحادثة على واحد مما ذكر الا علي الاقتصار الذى هو ثبوت الحكم فى الحال كانشاء البيع والنكاح والطلاق وغير ذلك كما يعلم من مراجعة الدر من ابن عابدين ص ٤٤٥ جزء ثان طبعة الحلبى وبناء على ذلك تكون المدعيــة لانفقة لها قبل الحكم بالزوجية .

٢٩/٢٤٩ منوف (٣٠/١٠/٢٦) ت س ٢٧٢/٢

□■□

(المبدأ ٢٠) : تثبت الزوجية بشهادة شهود العقد وتثبت بالشــهادة على الشهرة والمعاشرة .

المنصوص عليه شرعا ان دعوى الزوجية يشترط لسماعها بيان شروط

صحتها شرعا ولكن اثباتها يكتفى بواحـد من ثلاثة ــ (الاول) التصادق على الزوجية ــ (الثانى) شهود العقـد ــ (الثالث) شـهود الشـهرة ــ اى الشهادة بخصوص الزوجية بناء على المعاشرة وقـد نص الفقهاء ايضـا فى الشهادة بالتسامع والشـهرة ومنهـا النكاح حتى لو رأى رجلا يدخل على امرأة وسمع من النـاس انها زوجته وسعه ان يشهد انهـا زوجتـه وان لم يعاين العقـد ــ وفى الدر ــ ويشهد من راى رجلا وامرأة بينهمـا انبسـاط الأزواج أنها زوجته .

٣١/٤٠٠ كفر صقر (٣٢/٧/٢٦) ت س م ش ٤/٧٤

□■□

(المبدا ٢١) : النكاح مما تجوز الشهادة فيه بالتسامع ولكن بشرط عدم التفسير .

النكاح وان كان مما تجوز فيه الشهادة بالتسامع بدون معاينة ولكن بشرط عدم التفسير ، فاذا فسر الشاهد وقال اشـهد عن سـماع لا تقبل شهادته ، راجع باب الشـهادة فى تنقيح الحامدية والانقـروية والخـيرية والشهادة بالتسـامع فيما ذكر ، قال فى جامع الفصولين فى فصل الاختلاف بين الدعوى والشهادة واختلاف الشاهدين فى زمان او مكان انشاء او اقرار فى تصرف فعلى كالغصب وفى قول ملحق بالفعل كالنكاح يمنع قبول الشهـادة

٣٦/٣٢٢ اسنا (٢٧/٦/٢) ت س م ش ٢٩٨/٨/٨

□■□

(المبدا ٢٢) : يصح التصديق من الزوجة بزوجية ولو بعد جحـود المقر .

المنصوص عليه انه يصح التصديق من الزوجة بزوجية ولو بعد جحود المقر اتفاقا لقول البزازى « أقـر أنه تزوج فى صـحة أو مرض ثم جحـد وصدقته المراة فى حياته او بعد موته جاز ، واذا صح اقراره كان لها الميراث لبقاء حكم النكاح وهو العدة فانها من اثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما فى حال الحياة اما اذا اقرت هى بنكاح رجل وماتت فصدقها بعد موتها لم يصح تصـديقه عند ابى حنيفـة لزوال النكاح بعلائقـه حتى يجوز له ان يتزوج اختها وأربعا سواها ولا يحل له ان يغسلهـا فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعـد بطلان الاقرار ، وعند الصاحبين يصح اقراره فعليـه مهرها وله الميراث منها جزء ٢ من قرة عيون الاخبار .

٤٦/١٦٨٠ ك س مصر (٤٨/٥/٩) م ش ٢٠/٢٠٠

□■□

(المبدا ٢٣) : يعامل الزوج باقراره بالنسبة لحق الله فى التفريق ولا تتوجه فيه اليمين بلا طلب الزوجة كما لا تتوجه اليها بلا طلب فى ادعائه بطلان حقها فيما ترتب على العقد كالنفقة لان ذلك حق الزوج وعليه اثباته.

حيث ان ما ذكره المستأنف من أن محكمة اول درجة لم توجه اليمين الى المدعى عليها بلا طلب لا يطعن فى الحكم لأن هنا حقين ، حق الله وحق العبد ، أما حق الله فى التفريق بين الزوجين فيعامل المدعى فى ذلك باقراره سواء اعترفت المدعى عليها أو لم تعترف فقد اقر المستأنف بأن المستأنف عليها رضعت معه من ثدى واحد وأنه علم بذلك من أمه التى أرضعتهما ولا نزاع بين الطرفين فى ان المستأنف عليها مدخول بها وقد أنكرت المستأنف عليها ما ذكره المدعى من رضاعه معها – وأما ما تضمنته الدعوى من ابطال حق الزوجة فيما هو ثابت لها بالعقد كالنفقة لصدور العقد باطلا كما زعم المدعى لم يطلب فى ذلك يمينا بل رغب وكيله عن يمينها واليمين لا توجه بالنسبة لذلك من غير طلب .

٣٥/٧٣ س الزقازيق (٣٦/٢/٢) م ن ٤٥٧/٧

❑■❑

(المبدأ ٢٤) : جاحد النكاح لا يحلف عند الامام ويحلف عند الصاحبين الا اذا كانت دعوى النكاح مقصودا بها المال فانه يحلف بالاجماع .

حيث ان الامام وصاحبيه فى أن دعوى النكاح يحلف فيها المنكر أم لا بالثانى قال الامام وبالاول قال الصاحبان ومعنى هذا الخلاف أن فائدة اليمين النكول وهو قائم مقام البذل عنده والنكاح لا يصح بذله وعندهما النكول باقرار والاقرار يجرى فى النكاح والفتوى على قولهما ثم هذا الخلاف فى دعوى النكاح مجردة عن المال أما لو قصد بها مال كمهر أو نفقة أو ارث فان المنكر يستحلف بالاجماع .

٣٦/٣٢٢ اسنا (٣٧/٦/٢٠) ت س م ش ٢٩٨/٨/٨

❑■❑

(المبدا ٢٥) : اذا ادعى رجلان نكاح امراة وبرهنا معا وكانت المراة حية وأرخا وكان تاريخ أحدهما اسبق يقضى بها للاسبق .

يقضى الفقه بأنه اذا دعى رجلان نكاح امرأة وبرهنا معا وكانت المرأة حية وأرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق فانه يقضى بها للاسبق تاريخا لان البرهان اثبت نكاحه اياها فى وقت لم ينازعه فيه منازع فيستمر النكاح ثابتا حتى يوجد سبب شرعى برفعه ولم يوجد .

٣٥/١٢٠ س ك اسيوط (٣٦/١١/٣) م ش ٢٢٠/٤/٨

❑■❑

(المبدا ٢٦) : اثبات الزوجية قبل اول اغسطس سنة ١٩٣١ .

اذا كانت الزوجية مستندة الى ما قبل اول اغسطس سنة ١٩٣١ جاز اثباتها بالبينة .

٣٦/٣٢٢ اسنا (٣٧/٦/٢) ت س م ش ٢٩٨/٨/٨

□■□

(المبدا ٢٧) المنصوص عليه شرعا ان زواج المتوه كزواج الصبى وهو كنكاح الفضولي يتوقف على اجازة وليه فاذا اجازه الولى كان تصرفا صحيحا والا كان باطلا .

نص الفقهاء على ان المتوه فى تصرفاته كالصبى العاقل قال الامثلى فى كتاب الحجر جزء خامس ص ١٩١ « والمتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته الى ان يرفع التكليف عنه » ـ ونصوا ايضا على ان عقد الصبى والمتوه الدائر بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولى فقد قال العلامة شهاب الدين احمد السبكى فى حاشيته على الزيلعى فى باب الحجر ما ياتى (قال الاتقانى رحمه الله اعلم ان ما كان منه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستئجار والايجار والرهن والارتهان والاستقراض فانه يقف على اجازة الولى اذا تصرف الصبى العاقل أو المتوه) ، ولاشك ان عقد الزواج من العقود الدائرة بين النفع والضرر واذا فيكون موقوفا على اجازة الولى ، ولذا قال صاحب تنوير الأبصار فى باب الكفاءة فى نكاح عبد وامه بغير اذن السيد موقوف كنكاح الفضولى وقال ابن عابدين نقلا عن النهاية (لو باع الصبى ماله او اشترى او تزوج امته او كاتب عبده او نحوه توقف على اجازة الولى) فهذا صريح ان نكاح العبد والصبى موقف على اجاز الولى ، وقد بينا ان المتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته فيكون نكاحه موقوفا على اجازة الولى .

٥٠/٦٣ الجيزة (٥١/٣/١١) م ش ١٣٥/٢٣

□■□

(المبدا ٢٨) : الوطء فى النكاح الباطل مع العلم بالحرمه محض زنا .

الوطء فى النكاح الباطل مع العلم بالحرمة محض زنا ويجب فيه الحد ولا يترتب عليه مهر مطلقا . وبمراجعة نصوص الفقهاء يتبين أن المهر والعدة لا يجبان فى النكاح الباطل الا حيث توجد الشبهة (١) ، والفقهاء لم يرتبوا

---

(١) شرط كون الوطء زنا خلوه من شبهة المحل لأنها توجب نفى الحد وان لم يظن حله بخلاف شبهة الفعل فانها لا تنفى الحد مطلقا بل ان ظن الحل اما ان لم يظنه فلا .

والشبهة مايشبه الشىء الثابت وليس فى نفس الامر ـ والشبهة ثلاثة انواع .

الأولى ــ شبهة فى المحل ــ الذى هو الموطوأة ، وتسمى شبهة ملك أى كون المحل مملوكا له ، وهى اما شبهة ملك اليمين كـوطء جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون أو جارية المغنم ــ واما شبهة ملك النكاح كتزوج امرأة بلا شهود او امة بلا اذن وليها او تزوج العبد بلا اذن مولاه .

وشبهة المحل تسمى شبهة حكمية كوطء جارية ابنه .

والشبهة فى المحل جاءت من دليل حل المحل فلا حاجـة فيه الى ظن المحل فاذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أو لا .

وشبهة المحل نافية للحرمة ذاتا على معنى انا لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منـافيا للحرمة ــ وحاصله أنها وجد فيهـا دليل مثبت للحل لكنه عارضه مانع فاورث هذا الدليل شبهة فى حل المحل ــ قال الزيلعى « لا يجب الحد بشبهة وجدت فى المحل وان علم حرمته لأن الشبهـة اذا كانت فى الموطوأة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقارير كلها » وهـذا لأن الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عنه أسبابه حقيقة؛ المانع فاورث شبهة ــ فلهذا سمى هذا النوع شبهة فى المحل لأنها نشأت من دليل موجب للحل فى المحل بيانه قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك يقتضى الملك لأن اللام فيه للملك أ.هـ ــ أى وقد عارضـه مانع من ارادة حقيقة الملك وهو الاجمـاع على عـدم ارادته حقيقة فتثبت الشبهة عملا باللام بقدر الامكان .

الثانيـة ــ شبهة فى الفعل وتسمى شبه اشتباه كوطء معتـدة الثلاث لا تنفى الحد الا اذا ظن الحل .

لاحد فى شبهة الفعل فى حق من حصـل له اشـتباه أن ظن حله ، ونفى الحد مشروط بظن الحل ــ لأن الظن هو الشبهة لعـدم دليل قائم تثبت به الشبهة فلو لم يظن الحل لم توجد شبهة أصلا .

وشبهة الفعل (اى الوطء) حيث كان مما قد يشتبه عليه حرمته لا فى المحل وهو الموطوأة ــ لأن حرمة المحل مقطوع بها اذا لم يقم فيه دليل ملك غيره فلم يكن فى حل المحل شبهة أصلا ، والعبرة لدعوى الظن ــ اى لا للظن نفسه فانه يحد ان لم يدع وان حصل له الظن ــ ولا يحـد ان ادعى وان لم يحصل له الظن لان الظن أمر باطنى لا يعلمه القاضى الا بدعوى صاحبه .

والشبهة اذا تمكنت فى الفعل من احد الجانبين تتعـدى الى الجانب الاخر .

الثالثة ــ شبهة فى العقد اى ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقـة لان الشبهة ما شبه الثابت وليس بثابت فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة .

وجوب العدة او المهر على العقد الفاسد أو الباطل وانما رتبوه على وجود الشبهة فلا تأثير للعقد ، اذ وجوده كلا وجود .

٣٦/٢٢١ الاسماعيلية (٣٧/٨/٢٤) م ش ٣١٨/٧/٨

□■□

(المبدأ ٢٩) : التزوج بالحامل من الغير من قبيل النكاح الفاسد .

حيث ثابت أن المعارض قد تزوج المعارض ضدها وهى حامل من الغير وفى عدته وبذلك يكون النكاح فاسدا فقد نص على أنه يصح نكاح حبلى من زنا لا حبلى من غيره لثبوت نسبه اذ هى فى العدة حينئذ ونكاح المعتدة لايصح (ص ٢٩٩ من الجزء الثانى من كتاب ابن عابدين) وصرحوا بأن نكاح معتده الغير من قبيل النكاح الفاسد ص ٣٥٩ من الجزء المذكور ومحل هذا اذا كان لا يعلم انها زوجة الغير او معتدته اماله تزوجها وهو يعلم انها منكوحة الغير او معتدته فان هذا النكاح يكون باطلا ولا ينعقد أصلا ويجب فى الدخول الحد مع العلم بالحرمة لكونه زنا ص ٦٢٣ من الجزء الثانى من ابن عابدين فى باب العدة .

٣٦/٩٨٧ الضواحى (٣٨/٨/٢) ت س م ش ٢٦٤/١٠

□■□

(المبدأ ٣٠) : متى تزوج الرجل امرأة غيره ودخل بها عالما بزواجها من ذلك الغير لا يحرم على زوجها الأول وطؤها لأن نكاح الثانى لها والحالة هذه انما هو زنا

يقضى الفقه بأن من تزوج امرأة غيره ودخل بها عالما بزواجها بذلك الغير لا يحرم على زوجها وطؤها لأن هذا الدخول فى هذه الحالة زنا والمزنى بها لا تحرم على زوجها كما نص على ذلك ج الجزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار فى باب العدة ص ٢٥ ، ٦٣١ .

٢٥/١٢٠ ك س اسيوط (٣٦/١١/٣) م ش ٢٢٠/٤/٨

□■□

(المبدأ ٣١) : جحود جميع العقود فسخ لها ما عدا النكاح فلا يكون الجحود فسخا له .

ان الراجح فى المذهب ان جحود جميع العقود فسخ لها ما عدا النكاح فلا يكون الجحود فسخا له ، ولهذا لو اقرت امرأة بانها تزوجته فانكر النكاح

لم يكن انكاره فسخا ولم يكن بانكاره مكذبا لبينته لو أدعى على ورثتها بعد وفاتها ذلك الزواج التى أقرت به بل تسمع بينته وليس لها أن تتزوج بغيره بعد هذا الاقرار الا أن يقول القاضى فرقت بينكما او يقول المقر له ان كانت امراتى فهى بائن لو انها جحدت هذا الزواج بعد الاقرار وقبل ان يصدقها الزوج ثم صدقها فى حياتها ثبت النكاح وكذا لو صدقها بعد موتها كان له الميراث لان النكاح عقد لازم لا يبطل بجحود احد الزوجين بخلاف ما اذا اقر رجل لاخر انه باع جاريته اليه فانكر المقر له فان انكاره هذا يكون فسخا للبيع المقر به وللمقر ان يرد الجارية الى البائع الأصلى بعيب قديم كما انه لا تسمع من المقر له بعد ذلك الانكار بينة الشراء لأنه بانكاره هذا يكون مكذبا لبرهانه (راجع التكملة جزء ١ ص ١٤ والفتاوى الهندية جزء ٤ ص ٢٠٦)

٣١/٦٧١ نجع حمادى (٣٢/٦/٢٦) م ش ٣٦٢/٥

□■□

(المبدا ٣٢) : انكار النكاح ليس ردا ولا فسخا له ـ واثر ذلك ظاهر فى ان مدعية النكاح العاجزة عن اثباته لا يسعها الزواج من غيره الا ان يطلقها المدعى عليه او يفرق القاضى بينهما .

المنصوص عليه شرعا أن من ادعت الزوجية على رجل وهو ينكرها يكون من اثر ذلك تحريم زواجها من غيره وهذا مبنى على أن النكاح لا يرتد بالرد وان انكاره ليس فسخا وانه لابد بعد حلفه على نفى دعواها من قول القاضى فرقت بينكما او اجراء طلاق المنكر لها حتى يسعها بعد ذلك الزواج من غيره (انظر الجزاء الاول من تكملة ابن عابدين) .

٣٦/٣٢٢ اسنا (٣٧/٦/٢) ت س م ن ٢٩٨/٧/٨

□■□

(المبدا ٣٣) : يبطل عقد الزواج الحاصل من الفضولى اذا لم تجزه الزوجة .

ان كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز (اى قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا اخر او وكيلا اصيلا) العقد موقوف على الاجازة فاذا أجاز من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد وان رده بطل ، قال الكمال ـ قال فى فصل بيع الفضولى فى النهاية الأصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة فاذا كان لها مجيز حالة العقد جازت وان لم يكن تبطل (راجع الهداية وفتح القدير والعناية جـ ٢ ص ٤٢٨ وقال فى معين الحكام ص ١٤٩ الا يرى انه بعد عقد الفضولى لو طلقها الزوج ثلاثا لا تحرم عليه لما مر ـ اى طلقها قبل دخول فى ذلك الزوج) .

٤٤/٢٣١ (٤٥/٤/٢٢) م ش ١٥٨/١٧

□■□

(المبدأ ٣٤) : عقد النكاح الذى يختلف فيه الطرفان صحة وبطلانا لا يمكن ان يحقق الاغراض التى قصد اليها الشارع .

عقد النكاح الذى يختلف فيه الطرفان صحة وبطلانا لا يمكن ان يحقق الاغراض التى قصد اليها الشارع من الزواج واذا دار الأمر بين ابرامه وفسخه ترجع جانب الفسخ تحقيقا للمصالح ودراء للمفاسد .

٤٤/١٩٤٦ سوهاج (٤٧/٢/٢٠) م ش ٢١٠/٢١

□■□

(المبدأ ٣٥) : نكاح المطلق مطلقته طلاقا مكملا للثلاث نكاح باطل .

نكاح المطلق مطلقته طلاقا مكملا للثلاث نكاح باطل .

٣٦/٢٣١ الاسماعيلية (٣٧/٨/٢٤) م ش ٣١٨/٧/٨

□■□

(المبدأ ٣٦) : اقرار احدى زوجتى المتوفى بطلاق زوجته الاخرى منه وعدم اثباتها انقضاء العدة اقرار بزوجية المطلقة .

اقرار احدى زوجتى المتوفى بطلاق زوجته الاخرى منه رجعيا وادعاؤها عليها انقضاء عدتها وعدم اثباتها انقضاء العدة اقرار بزوجية المطلقة وبانها احدى زوجتيه ومن ورثته .

٢٩/١٠٣ العليا (٣٠/١٢/٢) م ش ٥٣٩/٢

□■□

(المبدأ ٣٧) : لا تسمع دعوى الزوجية متى كان سن الزوجة حين العقد اقل من ستة عشر سنة .

دعوى الزوجية لايجوز سماعها متى كان سن الزوجة حين العقد اقل من ستة عشر سنة والحكم بعدم سماع الدعوى فى ذلك لا يتوقف على انكارها الزوجية بل يحصل لو كان الزوجان متصادقين على زواجهما لانه من الحقوق العامة التى تحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها .

٢٤/٢٦٥ ك س بنى سويف (٢٥/٩/٢) م ش ٢٦٣/٢

□■□

(المبدأ ٣٨) : المراد بالانكار فى المادة ٤/٩٩ .

قصد المشرع بالفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم حصر اثبات الزوجية فى الاقرار بها من المدعى عليه والوثيقة الرسمية منعا للتلاعب ، وعليه يكون المراد بالانكار فى الفقرة المذكورة هو عدم الاقرار فيشمل الانكار الاعتبارى .

٤١/٦٦٧ ابو قرقاص (٤٢/٦/٣٠) م ش ٦٦/١٥

(المبدا ٣٩) : الزواج بمسيحية بعد اسلامها وقبل حكم بالتفريق بينها وبين زوجها المسيحى غير صحيح طبقا للنصوص الشرعية .

ان المنصوص عليه شرعا انه اذا اسلم احد الزوجين عرض الاسلام على الاخر فان اسلم فبها والا فرق بينهما وانه ما لم يفرق القاضى بينهما فهى امراته (جزء ٢ ابن عابدين ص ٣٦٩) .

١٣٣/٤٧ اسيوط (٤٨/١/٧) م ش ٩٣/٢٠

□■□

(المبدا ٤٠) لا يصح زواج الكاثوليكى بغير الكاثوليكية الا باذن من الحبر الأعظم .

ان المذهب الكاثوليكى يمنع من زواج الكاثوليكى بغير الكاثوليكية الا باذن من الحبر الأعظم وهو ما يسمونه التفسيح كما نص على ذلك فى المادتين ٥٣ ، ٩٥ من الأحكام الأساسية للطوائف الكاثوليكية .

٣١/٣٥٦ ك س اسيوط (٢٢/٩/١٨) م ش ٤٦٠/٤

□■□

(المبدا ٤١) : يكره نكاح الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة .

يكره نكاح الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة بامكان تعلق الزوج بزوجته الحربية المستدعى ذلك للمقام معها فى دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاقهم .

٢٨/٦٧٣ جرجا (٣٩/٦/١٥) م ش ٤٢٧/١

□■□

) المبدا ٤٢ (: زواج الذمية بفرنسى لا يخرجها من ذميتها ولا يمتنع معه ارثها لقريبها الذمى اختلاف الدار .

بالرجوع الى احكام المذهب فى هذه النقطة يتبين ان فقهاء الحنفية يرون أن عقد الذمة فى حق المسلمين حتى لا يملكون نقضه بحال اما فى حق الذمى فلا ينتقض الا باخذ أمور ثلاثة هى : (أولا) — أن يسلم لأن الذمة عقدت كوسيلة للاسلام فاذا أسلم فقد حصل المقصود وارتفع وصف الذمة (ثانيا) — أن يلحق بدار الحرب لأنه بالحاقه صار بمنزلة المرتد . (ثالثا) — أن يتغلبوا على موضوعه ويحاربوا الدولة فهنا ينتقض العهد ضرورة أن أصحاب هذا العمل قد صاروا به أهل حرب (بدائع ج ٧ ص ١١٢) فيرى

من هذا ان زواج الذمية بغير الذمي ليس واحدا من هـذه الامور التى ينتقض بها عقد الذمة ويرتفع وصفه ـ ولما كان عقد الذمة قد اتخذ وسيلة للاسلام فان الفقهاء قد توسعوا فيه فقبلوه بالدلالة حتى اذا حصـل فعل من حربى أو مسـتأمن يدل على قبوله الدخـول فيه فانهم يتمسـكون به ويدخلونه فى عهدهم وتجرى احكام هذا العقد عليه ويقوم الأمام بحفظ هذه الأحكام حتى ليمنع الذميين ان يلحقوا بدار الحرب ، ومن صار ذميا من المستامنين لا يمكنه من ان يعود الى بلاده ولهذا نصوا على أن الحربية أو المستامنة اذا تزوجت بذمى صارت ذمية لأنها وهى تبع لزوجها المقيم فى بلادنا قد رضيت الاقامة فيها فصارت بذلك ذمية (جزء ٧ ص ١١٠ بدائع ونص فى الدر جزء ٣ من باب احكام المستأمن على ان الذمية المتزوجة بذمى وقد صارت ذمية بهذا الزواج تمنع ان تعود الى بلادها شأن باقى أهل الذمة وهذا صريح فى ان الذمية أصالة اذا تزوجت بحربى تمنع من باب أولى ـ فيرى من هذه النصوص ان زواج الذميـة المصرية بالفرنسى التبعيـة لا يؤثر فى حالها ولا يخرجها عن ذميتها ولا يقال انها بذلك الزواج قد اعتزمت اللحاق بدارها لأن عزم الذمى على اللحـاق بل قوله بانه نقض عهده لا ينقضان هذا العقد اللازم بالطبيعة لأنه وقد اتخذ كوسيلة للاسلام يتنافى مع قصـده التساهل فى نقضه بمثل هذا من دلالة العزم أو القول وانما ينقضه اللحـاق فعلا بدار الحرب ، وبما أن المحاكم الشرعيـة ملزمة بأن تحكم بأرجح الأقوال من مذهب ابن حنيفة عملا بالمادة (٢٨٠) من اللائحة فهى لا تتخلى عن حكم هذه النصوص الصريحة ، وترى المحكمة أن الواقعة المطروحة هى ميراث ذمية من ذمى والمنصوص عليه شرعا ان أهل الذمة يتوارثون ولا يقال هنـا ان الزمن قد تغيرت أحواله بتقدير الجنسيات بين الدول وترتيب احكام لها . لأن المحكمة ملزمة باتبـاع احـكام المذهب فالواجب ان يمضى حكمه كله وهو ما ذكر .

١٠٥/٣٤ العليا (٢٤/٤/٢٨)   م ن ٣٤٦/٧

□■□

(المبدأ ٤٣) : التسرى يعـد زنا فى الشريعـة المسيحية وكذلك فى شريعة الاسرائيليين وهو ايضا زنى فى الشريعة الاسلامية لأنه معاشرة بدون حل ولا شبهة حل شرعى .

حيث أن التسرى يعـد زنى فى الشريعة المسيحيـة كنص المادة ٣٣ من كتاب الخلاصة القانونية فى الأحوال الشـخصية للاقباط الارثوذكس وهو زنى ايضـا فى شريعـة الاسرائيليين لأنهم يجعلون زواج التمتـع أو الزواج لأجل زنى واولى ان يكون التمتـع زنى اذا كان بناء على ان المـرأة خليلة

الرجل كما يؤخذ من بحث الزانين وزواج المتعة وهامش هذا البحث من كتاب شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الاسرائيلية لمراد فرج ، اما ما جاء بالمادة ٣٠٠ من الأحكام الشرعية تاليف م. حادة ابن شمعون من ان الخطيبة اذا حملت من خاطبها واقرت به ثبت نسبه فانه اذا صح ان المدعية كانت خطيبة له وانه اقر بالبنت فلا يفيدها لأن ذلك فى حالة ما اذا كان الخطيبان اسرائيلين لأن الزواج بين الاسرائيلية وغير الاسرائيلى باطل لا يثبت به النسب كما فى المادة ١٧ من هذا الكتاب ومبحث (ابن الحرام) بكتاب مراد فرج السابق ذكره وايضا زنى فى الشريعة الاسلامية لأنها معاشرة بدون حل ولا شبهة حل شرعى .

١١١/٣٤ س ك مصر (٣٦/٤/١٤) ت س م ش ١٢١/١/٩

□■□

نيابة عامة

(المبدأ ١) : وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية . وجوبه ايضا فى الدعاوى المدنية اذا ما اثيرت فيها مسالة تتعلق بالاحوال .

لما كان القانون رقم ٦٢٨/ ١٩٥٥ ينص فى مادته الأولى على انه « يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية بمقتضى القانون ١٩٥٥/٤٦٢ المشار اليه . وعليها أن تتدخل فى كل قضية أخرى تتعلق بالاحوال الشخصية أو بالوقف والا كان الحكم باطلا » وكان مفاد ذلك انه كلما كانت القضية تتعلق بالأحوال الشخصية مما تختص المحاكم الابتدائية بنظرها طبقا للقانون رقم ٤٦٢/ ١٩٥٥ فان تدخل النيابة العامة يكون واجبا عند نظر النزاع والا كان الحكم فيه باطلا يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى اصلا من دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية ، او ان تكون قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية .

نقض ٣٥/٤٠٨ ق (٧٢/١٢/٦) س ٢٣

□■□

(المبدأ ٢) : اعتبار النيابة العامة طرفا اصليا فى قضايا الأحوال الشخصية .

بعد صدور القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ ومن تاريخ العمل به أصبحت النيابة العامة طرفا اصليا فى قضايا الأحوال الشخصية ، حيث أوجب القانون تدخلها فيها وخولها ما للخصوم من حق الطعن فى الاحكام والقرارات الصادرة فيها .

نقض ٣٢/٨ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٦٤/١٧

□■□

(المبدأ ٣) : النيابة العامة تعتبر طرفا اصليا فى قضايا الاحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية .

أصبحت النيابة العامة بعد صدور القانون ١٩٥٥/٦٢٨ طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية ، فيكون لها ما للخصوم من حقوق وعليها ما عليهم من واجبات ، فلها ان تبدى

الطلبات والدفوع وتباشر كافة الاجراءات التى يباشرها الخصوم ، ولا تسرى عليها قواعد رد اعضاء النيابة وهو ما يجوز معه ان يكون عضو النيابة الذى يبدى رأيه امام محكمه أول درجة هو نفسه الذى يبدى رأيه امام محكمة الاستئناف .

نقض ٢١/٣١ ق (٧٢/١٢/١٣) س ١٢٨٠/٢٣

❑■❑

(المبدا ٤) النيابة العامة طرفا اصليا فى قضايا الأحوال الشخصية الكلية بعد صدور القانون ١٩٥٥/٦٢٨ . اثر ذلك .

النيابة العامة طرفا اصليا فى قضايا الأحوال الشخصية الكلية بعد صدور القانون ١٩٥٥/٦٢٨ مما يجيز للخصوم ان يعقبوا على رايها الا ان ذلك مقيد بان تكون النيابة العامة قد ابدت دفوعا او اوجه دفاع جديدة لم يسبق اثارتها .

طعن ٣٠/٥٢ ق (١٩٨٣/٥/٢٤) لم ينشر

❑■❑

(المبدا ٥) : بعد صدور القانون ١٩٥٥/٦٢٨ اصبحت النيابة العامة طرفا اصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية .

بعد صدور القانون ١٩٥٥/٦٢٨ اصبحت النيابة العامة طرفا اصليا فى قضايا الاحوال الشخصية التى لا تختص بها المحاكم الجزئية ، ومن ثم فلا تسرى فى شانها المادة ١٠٦ مرافعات . (المادة ١/٩٥ من القانون القائم) فيما نصت عليه من انه « فى جميع الدعاوى التى لا تكون النيابة فيها الا طرفا منضما لا يجوز للخصوم بعد تقديم اقوالها وطلباتها ان يطلبوا الكلام ولا أن يقدموا مذكرات جديدة وانما يجوز لهم ان يقدموا للمحكمة بيانا كتابيا لتصحيح الوقائع التى ذكرتها النيابة » اذ هى لا تسرى وعلى ما يبين من عبارتها ، الا حيث تكون النيابة طرفا منضما .

نقض ٤٣/٣٣ ق (٦٦/٣/٢٣) س ٦٦٧/١٧

❑■❑

(المبدا ٦) : وجوب تدخل النيابة فى دعاوى الوقف مما كانت تختص به المحاكم الشرعية ، يستوى فى ذلك ان تكون الدعوى اصلا من دعاوى الوقف ، أم ان مسالة الوقف أثيرت فى دعوى اخرى ــ جزاء مخالفة ذلك بطلان الحكم .

القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ فى شان بعض الاجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية الوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون ١٩٥٥/٤٦٢ اذ نص فى مادته الأولى على « يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية أو الوقف والا كان الحكم باطلا » ونصت المادة الثانية من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات على يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر » ونصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من المرسوم بقانون ذاته المعدلة بالقانونين رقمى ١٩٦٣/٣٩٩ ، ١٩٥٤/٢٧٧ على « وتستمر المحاكم الشرعية فى نظر دعاوى الاستحقاق التى ترفع فى شأن الأوقاف التى اصبحت منتهية بمقتضى هذا القانون » فان مفاد هذه النصوص ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ انه كلما كان النزاع متعلقا باصل الوقف أو انشائه أو شخص المستحق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية فى خصوص الوقف واصبح الاختصاص بنظرة للمحاكم عملا بالقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية واحال الدعاوى التى تكون منظورة امامها الى المحاكم الوطنية ، فان تدخل النيابة العامة يكون واجبا عند نظر هذا النزاع ، والا كان الحكم الصادر فيه باطلا ، يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى أصلا من دعاوى الوقف أو أن تكون قد رفعت باعتبارها دعوى ملكية واثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف .

نقض ٣٤/٣٧٢ ق (٦٨/١١/٢٦) س ١٤٠٤/١٩

□■□

(المبدأ ٧) : وجوب تدخل النيابة العامة فى الدعاوى المتعلقة باصل الوقف او انشائه او شخص المستحق فيه .

مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٩ فى شأن بعض الاجراءات فى قضايا الاحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم بمقتضى القانون ١٩٥٥/٤٦٢ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ انه كلما كان النزاع متعلقا باصل الوقف او انشائه او شخص المستحق فيه مما كانت تختص به المحاكم الشرعية فى خصوص الوقف . واصبح الاختصاص بنظره للمحاكم عملا بالقانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والملية ، فان تدخل النيابة العامة يكون واجبا عند نظر النزاع والا كان الحكم الصادر فيه باطلا يستوى فى ذلك ان تكون الدعوى اصلا من دعاوى الوقف أو أن تكون قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية واثيرت فيها مسألةمتعلقة بالوقف . واذا كان يبين مما اورده الحكم المطعون فيه ان النزاع بين الطاعن المطعون عليها الاولى كان يدور فى اركانه حول صحة القرار الصادر

باستبدال الاعيان موضوع الدعوى بالاعيان التى كانت موقوفة على المطعون عليها الاولى ، وكانت هذه المسألة تتعلق باصل الوقف بما كانت تختص المحاكم الشرعية بنظرها ثم صارت بعد الغاء تلك المحاكم من اختصاص دوائر الاحوال الشخصية فى نطاق التنظيم الداخلى لكل محكمة فانه يتعين طبقا للمادة الاولى من القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ سالفة الذكر ان تتدخل النيابة فى الدعوى لابداء رأيها فيها حتى ولو كانت منظورة امام الدائرة المدنية والا كان الحكم باطلا ، واذ كان هذا البطلان هو مما تجوز اثارته لأول مرة امام هذه المحكمة لتعلقه بالنظام العام ، وكان الثابت أن النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى لابداء الراى فيها الى ان صدر الحكم المطعون فيه فان هذا الحكم يكون باطلا .

نقض ٣٦/١٩٣ ق (٧١/١/١٦) س ٤٦/٢٢

□■□

(المبدا ٨) : وجوب تدخل النيابة العامة فى الدعاوى المتعلقة باصل الوقف او انشائه او شخص المستحق فيه او تفسير شروطه ــ اثر عدم تدخلها بطلان الحكم .

وجوب تدخل النيابة العامة فى الدعاوى المتعلقة بأصل الوقف أو انشائه او شخص المستحق او تفسير شروطه او الولاية عليه سواء اكانت الدعوى أصلا من دعاوى الوقف او رفعت باعتبارها دعوى مدنية ، واثيرت فيها مسألة تتعلق بأصل الوقف . عدم تدخل النيابة فى هذه الدعاوى ــ اثره بطلان الحكم ، ولا يغير من ذلك صدور الحكم فى ظل قانون المرافعات الحالى

نقض ٤١/٥٧ ق (٧٦/٥/١٩) س ٢٧

□■□

(المبدا ٩) : وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف .

متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن « النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الاستاذ ــ قدمت مذكرة برايها بتوقيعه وانتهت فى ختامها الى اعادة القضية للمرافعة لضم تقرير استئناف ، ومسودة الحكم المستأنف وترجىء ابداء رايها فى الوضوع حتى يتم ذلك » فان هذا الذى أورده الحكم كاف لتحقيق غرض الشارع من وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف .

نقض ٣٨/١٢ ق (٧٢/٤/١٩) س ٧٣/٢٣

□■□

(المبدأ ١٠) : الدعوى بطلب تثبيت ملكيـة جزء من الأطيـان الموقوفة بعـد الغـاء الوقف على غير الخيرات اسـتنادا الى استحقاق مورث المدعى حصة فى غلة الوقف وانه من طبقة المسـتحقين الحاليين ـ وجوب تدخل النيابة العامة فيها والا كان الحكم باطلا .

متى كانت الدعوى قـد رفعت بطلب تثبيت ملـكية المدعيـة لجزء من الأطيـان الموقوفة يعـادل نصيبهـا الميراثى فى حصـة فى والدهـا فى الوقف استنادا الى المادة ٣ من المرسوم بقـانون ١٩٥٢/١٨٠ التى تجعل ما ينتهى فيه الوقف المرتب الطبقات ملكا للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته او حصة أصله فى الاستحقاق وقولا من المدعية بأن مورثها كان يستحق حصـة الخمس فى غلة الوقف وانه من طبقة المستحقين الحاليين وعلى ذلك تصبح هذه ملكا لها ولبافى ذريتـه وقد نازعهما فى ذلك المدعى عليهما وهما ولدا الواقف وانكرا عليها استحقاقها فى الوقف وتمسـكا بأنها لا تعتبر من ذرية من مات من ذوى الاسـتحقاق الذين تؤول اليهم ملكيـة الوقف بمقتضى المادة الثالثة سـالفة الذكر ، وكان الفصل فى الدعوى قد اقتضى من محكمة الموضوع التعرض لتفسير كتاب الوقف وشرطه وتحديد الذرية التى تؤول اليها ملكية الوقف طبقا للمادة الثالثة من المرسـوم بقانون ١٩٥٢/١٨٠ بالغـاء الوقف على الخـيرات والتعـرض ايضـا لتفسـير بعض احـكام قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ واستجلاء قصد الواقف ، وهذه كلهـا مسائل تتعلق بالوقف والاستحقـاق فيه، فان الدعوى على هذه الصورة تكون من القضايا المتعلقة بالوقف بالمعنى المقصود فى الفقرة الثـانية من المـادة الاولى من القـانون ١٩٥٥/٦٢٨ والتى يجب أن تتدخل فيها النيابة العامة والا كان الحكم باطلا .

نقض ٣٤/٣٥٣ ق (٦٨/٤/١١) س ٧٥٦/١٩

□■□

(المبدأ ١١) : وجـوب تدخل النيـابة العامة فى الدعاوى المتعلقـة بانشـاء الوقف او صحته او الاستحقاق فيـه او بتفسير شروط او بالولاية عليه او بحصوله فى مرض الموت .

كلما كان النزاع متعلقا بانشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيـه او بتفسير شروطه او بالولاية عليه او بحصوله فى مرض الموت وفق الفقرة الاولى من المادة ١٦ من القانون رقم ١٩٤٩/١٤٧ بشأن نظام القضاء مما كانت تختص به المحاكم الشرعية واصبح الاختصاص بنظرة للمحاكم عملا بالقانون ١٩٥٥/٤٦٢ الصادر بالغاء تلك المحاكم ، فان تدخل النيابة يكون واجبا عند نظر هذا النزاع عملا بالمادة ٢/١ من القانون ١٩٥٥/٦٢٨ ، والا

كان الحكم الصادر فيه باطلا دون تفرقة بين ما اذا كانت الدعوى اصلا من دعاوى الوقف او كانت قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية واثيرت فيها مسالة متعلقة بالوقف . واذ كان ما قرره الحكم المطعون فيه من انحسار صفة الوقف عن ارض النزاع انما ينطوى على تفسير نية الواقف وتعرف لمقصوده وبيان مدى قيام حق الواقف فى الرجوع فى وقفه طبقا للمادة ١١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ وهى مسائل تتعلق جميعها بالوقف من حيث انشائه وشرائطه وتستوجب الخوض فى تفسير عبارات كتاب الوقف وفى توافر شروط الرجوع عن الوقف من ان الوقف ملزم له واذ كان ذلك فانه يتعين تدخل النيابة فى الدعوى لابداء رايها فيها حتى ولو كانت منظورة امام الدائرة المدنية .

نقض ٣٥/٤٢٢ ق (٦٩/١٢/٢٣) س ١٣١٢/٢٠

❑■❑

(المبدا ١٢) : وجوب تدخل النيابة ـ اذا كان النزاع متعلقا باصل الوقف او مسائله الاخرى ـ مخالفة ذلك ـ اثره ـ بطلان الحكم .

ينص القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ ببعض الاجراءات فى قضايا الاحوال الشخصية والوقف فى مادته الاولى على انه « يجوز للنيابة العامة ان تتدخل فى قضايا الاحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ المشار اليه وعليها ان تتدخل فى كل قضية اخرى تتعلق بالاحوال الشخصية او بالوقف والا كان الحكم باطلا» ومفاد ذلك ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ انه كلما كان النزاع متعلقا باصل الوقف او انشائه ، او بحث مدى توافر اركانه التى لا يتحقق الا بها او تحديد شخص المستحق فيه او تفسير شروطه او الولاية عليه ، مما كانت تختص به المحاكم الشرعية واصبح الاختصاص بنظره للمحاكم المدنية عملا بالقانون ١٩٥٥/٤٦٢ فان تدخل النيابة يكون واجبا عند نظر هذا النزاع والا كان الحكم الصادر فيه باطلا يستوى فى ان تكون اصلا من دعاوى الوقف او ان تكون رفعت باعتبارها مدنية واثيرت فيها مسالة متعلقة بالوقف بالمعنى السابق .

نقض ٥٠/٥١ ق ج (١٩٨٣/١٢/٤)

❑■❑

(المبدا ١٣) : وجوب تدخل النيابة العامة فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية والا كان الحكم باطلا . المقصود بالتدخل ـ ارسال النيابة مذكرة برايها لا يكفى .

توجب المادة ٩٩ من قانون المرافعات السابق على النيابة ان تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية والا كان الحكم باطلا ، والمقصود بالتدخل على ما يبين من مفهوم المخالفة للمادة ١٠١ من ذلك القانون والتى تقضى بانه فى غير الأحوال المبينة فى المادة ٩٩ المتقدمة الذكر والمادة ١٠٠ التى تليها « لا يتعين حضور النيابة فى الجلسات المدنية » هو حضور ممثل النيابة العامة جلسات المحكمة فى الحالات الوارد ذكرها فى المادتين المشار اليهما وذلك حتى يتحقق ما قصده المشرع من أن تؤدى النيابة وظيفتها باعتبارها نائبة عن المجتمع فى هذا النوع من القضايا ، والقول بغير هذا معناه حرمان النيابة من أن تكون اخر من يتكلم فى هذه القضايا بما يؤدى الى الاخلال بوظيفتها فى هذا الخصوص . فاذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أن النيابة العامة اكتفت بارسال مذكرة برأيها فى دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية الى محكمة الاستئناف ولم يحضر من يمثلها جلسات المحكمة ، فان الحكم المطعون فيه يكون باطلا عملا بالجزاء المنصوص عليه فى المادة ٩٩ سالفة الذكر .

نقض ٣٥/١٧١ ق (٦٩/٦/١٧) س ٢٠/٩٦٧

□■□

(المبدأ ١٤) : وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية .

مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ ، انه كلما كانت القضية تتعلق بالأحوال الشخصية مما تختص المحاكم الابتدائية بنظرها طبقا للقانون ١٩٥٥/٤٦٢ ، فان تدخل النيابة العامة يكون واجبا عند نظر النزاع والا كان الحكم الصادر فيه باطلا ، يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى أصلا من دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية او أن تكون قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية ، وأثيرت فيها مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية .

نقض ٣٥/٤٠٨ ق (٧٢/١٢/٦) س ١٣٢٤/٢٣

□■□

(المبدأ ١٥) : اغفال الحكم بيان اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية ــ لا بطلان ــ المادة ١٨٧ مرافعات جديد .

مفاد نص المادة ١/١٧٨ من قانون المرافعات رقم ١٩٦٨/١٣ ان بيان اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية ، ليس من البيانات

الاساسية التى يترتب على اغفالها بطلان الحكم ، وذلك على خلاف ما كانت تقضى به المادة ٣٤٩ من قانون المرافعات السابق ، وهو ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون بقولها « لم يرتب المشرع على عدم ذكر اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية فى الحكم البطلان ، لأن ذكر اسمه ليس بيانا اساسيا ، مادامت النيابة قد ابدت بالفعل رايها فى مذكرتها ، وثبت ذلك فى الحكم ، وعلة ذلك هى التخفف من حالات البطلان » لما كان ذلك ـ وكانت النيابة قد ابدت رايها فى القضية وثبت ذلك فى الحكم ، فان النعى عليه ـ لخلوه من بيان اسم عضو النيابة ـ يكون على غير اساس .

نقض ٣ /٤١ ق (١ /١٩٧٥/١) س ٢٦
نقض ٣٩/١٩ ق (٧٣/٤/٢٥) س ٢٤
نقض ٣٩/١٢ ق (٧٤/٢/ ٦) س ٢٥
نقض ٦ /٤٤ ق (٧٦/١/ ٧) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١٦) : وجوب اشتمال الحكم على بيان اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فى قضايا الأحوال الشخصية . اغفاله ـ خلو الحكم الابتدائى من هذا البيان .

متى كان الحكم المطعون فيه قد اورد راى النيابة العامة فى القضية واسم عضو النيابة الذى ابدى هذا الراى وانتهى الى تأييد الحكم الابتدائى بأسباب مستقلة تكفى لحمة ، فانه لا يعيبه خلو الحكم الابتدائى من ذكر اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فيها والنعى على الحكم المطعون فيه بالبطلان لهذا السبب يكون غير منتج اذ ليس من شانه ان يحقق سوى مصلحة نظرية لا يعتد بها .

نقض ٣١/٤٥ ق (٦٤/٣/١١) س ١٥/ ٣٤٠

□■□

(المبدأ ١٧) : اغفال الحكم الابتدائى اسم عضو النيابة الذى ابدى الراى فى القضية . عدم تنبيه محكمة الاستئناف الى هذا الاغفال . تاييد الحكم باسباب مستقلة كافية لحملة . لا بطلان .

متى كان الحكم الابتدائى لم يبين اسم عضو النيابة الذى أبدى الراى فى القضية وكانت محكمة الاستئناف لم تنبه او تتنبه الى ما شاب هذا الحكم من بطلان لهذا السبب ومضت فى نظر الدعوى وانتهت الى تأييده بأسباب مستقلة تكفى لحمله ، فان النعى على حكمها بالبطلان لا يكون من شانه سوى تحقيق مصلحة نظرية لا يعتد بها .

نقض ٢٩/٢٣ ق (٦٦/٥/١٤) س ١٧/ ٩٧٧

□■□

(المبدأ ١٨) : بيان اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فى قضية متعلقة بالأحوال الشخصية من بيانات احكم الجوهرية . اغفال هذا البيان مؤداه البطلان المتعلق بالنظام العام . جواز الدفع بهذا البطلان فى كافة مراحل التقاضى وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ولا يصححه اثبات طلبات النيابة .

اذا نصت الفقرة الاولى من المادة ٣٤٩ مرافعات على انه « يجب أن يبين فى الحكم اسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية ان كان . ونصت الفقرة الثانية على أن « عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وعضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية يترتب عليه بطلان الحكم » فقد دلتا بذلك على أن بيان اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية هو بيان جوهرى من بيانات الحكم ـ اسوة بأسماء القضاة الذين أصدروه وعلى منزلة سواء ـ ينبنى على اغفاله بطلان الحكم وهو بطلان من النظام العام يستصحب الحكم ويلازمه ويجوز الدفع به فى اية حالة كانت عليها الدعوى وفى اى وقت امام محكمة النقض وللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ، واذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد صدر فى قضية من قضايا الوقف وخلا من بيان اسم عضو النيابة الذى ابدى رأى فيها واكتفى فى هذا الصدد باثات طلبات النيابة وهو بيان قاصر عن أن يفى بمقصود الشارع ولا تتحقق به حكمة النص . فان هذا الحكم وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ يكون باطلا متعينا نقضه .

نقض ٤ /٢٩ ق (٢/٢٥ /٦١)
نقض ٦ /٢٩ ق (٣/١٦ /٦١)
نقض ١ /٢٨ ق (١ /٦ /٦١)
نقض ٨ /٢٨ ق (٨ /١١/٦١)
نقض ٣٩/٣٨ ق (١/١٧ /٦٢) س ٨٠/١٣

□■□

(المبدأ ١٩) : اغفال بيان اسم عضو النيابة الذى ابدى الراى الوارد بمذكرة النيابة . بيان جوهرى ـ خلو الحكم مما يدل على ان عضو النيابة الذى ذكر اسمه فى ديباجته هو صاحب ذلك الراى . بطلان الحكم .

تنص المادة ٣٤٩ من قانون المرافعات القديم فى الفقرة الاولى منها على انه « يجب أن يبين فى الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذى أبدى رايه فى القضية ان كان » وتنص فى الفقرة الثانية على أن « ... عدم بيان أسماء القضاة الذين

اصدروا الحكم وعضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية يترتب عليه بطلان الحكم » فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اغفل اسم عضو النيابة الذى ابدى الراى فى القضية ولم يرد به ما يدل على أن عضو النيابة ذكر اسمه فى دباجة الحكم هو صاحب هذا الراى فانه يكون باطلا .

نقض ٨ /٢٨ ق (١ /٦ /٦١)	س ١٢/٥٢٧
نقض ٦ /٢٨ ق (٨ /٦١/١١)	س ١٢/٦٥٥
نقض ٢٩/٢٧ ق (٦١/١١/٢٢)	س ١٢/٧٠٣

□■□

(المبدأ ٢٠) عدم ابداء النيابة رأيها فى دعوى حجر .

متى كانت المحكمة الاستئنافية اذا قضت ببطلان قرار مستأنف صادر فى دعوى حجر قد استندت الى عدم ابداء النيابة رأيها فى الدعوى امام محكمة اول درجة فان النعى على الحكم ببطلانه لبطلان الاجراءات التى بنى عليها امام المحكمة الاستئنافية اذ استند فى قضائه الى مذكرة للنيابة لم تعلن للخصوم قدمت بعد اتمام المرافعة فى القضية وحجزها للحكم ، هذا النعى يكون فى غير محله ، ذلك أن البطلان المترتب على عدم تدخل النيابة أو ابداء رأيها فى كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية وفقا للمادة ٩٩ مرافعات انما هو بطلان حتمى تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم تطلب النيابة نفسها او احد الخصوم .

نقض ٦/٢٥ ق (٥٦/١/١٩) — س ٧/١١٧

□■□

(المبدأ ٢١) : تدخل النيابة فى القضايا الخاصة بالقصر .

تدخل النيابة فى القضايا الخاصة بالقصر انما يكون لرعاية مصلحة القاصر مما ينبنى عليه ان التمسك بالبطلان على فرض وجوده مقصور على اصحاب المصلحة فيه فلا يجوز لغير القصر من الخصوم التحدى بعدم اخبار كاتب المحكمة الإبتدائية النيابة العامة بقيام الدعوى .

طعن ٢٨/٢٠٦ ق — س١٥ ص ٧٣٦

□■□

(المبدأ ٢٢) : عدم تدخل النيابة فى القضايا الخاصة بالقصر ـ لا بطلان البطلان الناشىء من عدم اخطار النيابة بهذه القضايا . عدم جواز التمسك به لغير القصر من الخصوم .

تدخل النيابة العامة فى القضايا الخاصة بالقصر انما يكون لرعاية مصلحة هؤلاء القصر مما يبنى عليه أن التمسك بالبطلان مقصور على اصحاب المصلحة فيه فلا يجوز لغير القصر من الخصوم التحدى بعدم أخبار كاتب المحكمة الابتدائية النيابة بقيام الدعوى ، هذا فضلا عن ان تدخل النيابة العامة فى القضايا الخاصة بالقصر وفقا للمادة ١٠٠ من قانون المرافعات جوازى من ثم لا يترتب على عدم حصول هذا التدخل بطلان فى اجراءات التقاضى .

نقض ٢٢/٣٠٩ ق (٥٦/٣/١٥) س ٣٢٨/٧

□■□

(المبدأ ٢٣) : تفويض النيابة الراى للمحكمة ـ مثال .

متى كان يبين من الحكم الابتدائى أن النيابة العامة فوضت الراى للمحكمة لترجيح اى الجانبين من الشهود وكان يبين من الحكم المطعون فيه انها قدمت مذكرة قالت فيها أن المستأنف لم يقدم اوراقا تؤيد دعواه وتساند بينته وقد يكون لديه من الأوراق ما يفيد الدعوى وطلبت فتح باب المرافعة لتكليف المستأنف بتقديم اوراق رسمية تؤيد دعواه فانها بذلك تكون قد ابدت رأيها فى القضية بما مؤاده تفويض الرأى للمحكمة فى تقرير اقوال الشهود والترجيح بينها ، وان الطاعن لم يقدم أوراقا تؤيد دعواه وتساند بينته ، وبما يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وابداء الرأى فى قضايا الأحوال الشخصية .

نقض ٣٢/٨ ق (٦٦/٣/٣٠) س ٧٦٤/١٧

□■□

(المبدأ ٢٤) : تفويض النيابة الراى للمحكمة . أثره .

اذا فوضت النيابة الراى لمحكمة الاستئناف بعد ان قدم طرفا الخصومة ادلتهما على ثبوت ونفى الهجر سبب المضارة المبيحة للتفريق بينهما ، فان النيابة تكون بذلك ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ قد ابدت رأيها فى القضية بما مؤداه تفويض الرأى للمحكمة فى تقرير اقوال الشهود وسائر الادلة والترجيح بينها بما يحقق غرض الشارع من وجوب تدخلها وابداء الرأى فى قضايا الاحوال الشخصية .

طعن ٥٢/٣٤ ق ج (١٩٨٤/٤/١٧)

□■□

(المبدأ ٢٥) : عدم وجوب ابداء النيابة رايها فى كل خطوة من خطوات الدعوى .

لم يوجب القانون ابداء النيابة رايها فى كل خطوة من خطوات الدعوى، ولا فى كل وجه دفاع او مستند يقدم فيها اذ يحمل سكوتها على الرد على المستندات وأوجه الدفاع الجديدة على أنها لم تر فيها ما يغير رايها الذى سبق ان ابدته .

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ١٩٩٨/١٧

□■□

(المبدأ ٢٦) : تصميم عضو النيابة بجلسة المرافعة على الراى السابق ابداؤه فى مذكرة ــ مفاده .

تصميم عضو النيابة الذى حضر جلسة المرافعة الأخيرة على راى النيابة السابق ابداؤه يفيد انه اقر هذا الراى وتبناه وانه لم يجد فى دفاع الخصوم ما يدعوه الى ابداء راى جديد ويعتبر انه صاحب هذا الراى .

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٨) س ١٩٩٨/١٧

□■□

(المبدأ ٢٧) : عدم تعقيب النيابة العامة على دفاع الخصوم ــ لابطلان الا اذا طلبت الكلمة الاخيرة واحيل بينها وبين ذلك .

جرى قضاء النقض على أن بطلان الحكم لعدم ابداء راى النيابة لا يكون الا اذا طلبت الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت ، فاذا لم تعقب النيابة العامة على دفاع الخصوم المتدخلين فى الاستئناف كان ذلك محمولا على انها لم تجد فيه ما يدعوها الى ابداء راى جديد .

نقض ٣١/٨ ق (٦٤/١١/١١) س ١٠١٣/١٥

□■□

(المبدأ ٢٨) : لا لزوم لابداء النيابة رايها فى كل خطوة من خطوات الدعوى .

لم يوجب القانون ان تبدى النيابة رايها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد اثبت اسم عضو النيابة الذى ابدى رايه فى القضية فانه لا يعيبه عدم ابداء النيابة رايها فى المرحلة اللاحقة على اعادة القضية الى المرافعة لان ذلك محمولا على انها لم تجد ما يدعوها لتغيير رايها السابق وابداء راى جديد .

نقض ٢٩/٤٠ ق (٦٣/٦/١٩) س ٨٤٤/١٤

□■□

(المبدأ ٢٩) : عدم وجوب ابداء النيابة العامة رايها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ـ عدم ابداء الراى بعد سماع الشهود . لا بطلان .

لم يوجب القانون رقم ١٩٥٥/٦٢٨ على النيابة العامة ابداء رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ، ولا فى كل جزئية من جزئيات النزاع وانما أوجب ابداء رأيها فى القضية على اى وجه .

عدم ابداء النيابة رايها عقب سماع الشهود يكون محمولا على انها لم تجد فى الدعوى ما يدعوها لتغييرها رايا السابق أو الادلاء بقول جديد .

نقض ٤٥/١٢ ق (٧٦/٦/٩) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٣٠) : راى النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية ـ عدم تقيد المحكمة به .

المقرر فى قضاء النقض بعد صدور القانون ١٩٥٥/٦٢٨ أن النيابة أصبحت طرفا أصليا فى قضايا الأحوال الشخصية التى لا تختص بها المحكمة الجزئية الا ان الراى الذى تبديه النيابة على ضوء ما تستبينه من وقائع الدعوى ومدى تفسيرها للقانون لا تتقيد به المحكمة ، فلها ان تأخذ به او تطرحه و لايعد اخذها برأى النيابة اعتمادا عليه فى قضائها .

نقض ٤٤/٣٠ ق (٧٦/٤/٢٨) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٣١) : لا يجوز رد النيابة اذا كانت طرفا اصليا فى الدعوى .

النيابة العامة طرف أصلى فى قضايا الأحوال الشخصية الكلية ومن ثم فلا تسرى فى شانها احكام المادة ١/٩٥ مرافعات . قواعد رد أعضاء النيابة لا تسرى الا اذا كانت النيابة العامة طرفا منضما . مادة ١٦٣ مرافعات .

نقض ٤١/١١ ق (٧٣/١٢/١٩) س ٢٤

□■□

(المبدأ ٣٢) : للنيابة العامة ـ دورها فى تلقى التبليغات فى شان عديمى الأهلية وناقصيها .

جعل المشرع من النيابة العامة جهة تلقى التبليغات فى شأن عديمى الأهلية او ناقصيها ، وخولها سلطة اجراء التحقيق فيها ورفع الأمر الى القاضى للتقرير بما يستوجبه القانون من تدابير للمحافظة على أموالهم ، فانه لا مجال لتحرى الصاحة فيمن يتقدم بهذه التبليغات طالما أن النيابة هى التى باشرت رفع الطلب الى المحكمة .

طعن ٥١/١٩ ق (١٩٨٢/٤/١٣) لم ينشر

هبـــة

(المبدأ ١) : مسائل الهبة فى نظر الشارع ليســت كلها من الأحوال الشخصية .

مســائل الهبـــة فى نظـر الشــارع ليسـت كلهـا من الأحـوال الشخصية ولا هى كلها من الاحوال العينية ومن ثم كانت الهبـة محكـومة بقانونين لكل مجاله فى التطبيق ــ القانون المدنى فيما اورده من أحكام نهـا بالذات مكملة بالأحكام العامة للالتزام وقانون الأحوال الشخصية فى غـير ذلك من مسائلها . والقانون المدنى على خلاف الشريعة الاسلامية لم يشترط القبض لانعقاد الهبة المفرغة فى محرر رسمى او فى صورة عقد اخر .

نقض ١٨/١٧٧ ق　　　　　　س ٢ ص ٥٧٥

□■□

(المبدأ ٢) : الأحكام الموضوعية فى الهبة مصدرها الشريعة الاسلامية .

القانون المدنى قد نظم عقد الهبة تنظيما كاملا بالمواد ٤٨٦ ، ٥٠٤ واذ كان من المســلم كما جاء بمذكرته الايضــاحية انه قـد اسـتمد الأحـكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الاسلامية فانهذا لا يســوغ الخروج على النصوص التشريعة بدعوى اللجوء الى مصدرها مادامت واضحة الدلالة فيما يتناوله لفظها أو فحواها .

نقض ٤٥/٦٨٥ ق　　　　　　س ٣١ ص ١٥٣٢

□■□

(المبدأ ٣) : هبة المنقول المستترة فى صورة عقد بيع .

اذا كانت هبة المنقول مستترة فى صورة عقد بيع فانه يكفى لانعقــادها وانتقال ملكية المنقول الموهوب مجرد تلاقى الايجاب والقبول فى صورة عقد البيع الذى اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجـة الى تسـليم الشىء الموهوب ، ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف .

نقض ١٨/١٧٧ ق　　　　　　س ٢ ص ٥٧٥

□■□

(المبدأ ٤) : حق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق .
صحة الهبة فيها .

أعمال القواعد العامة للعقود المنصوص عليها فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الاول من القسم الاول من التقنين المدنى يقضى بأن تصح هبة جميع انواع الاموال والحقوق العينية التى عليها كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق .

نقض ٤٥/٦٨٥ ق س ٣١ ص ١٥٤٣

□■□

(المبدأ ٥) : احتفاظ الواهب بحقه فى الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته .

احتفاظ الواهب بحقه فى الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ، ولا يتعارض مع تنجيز التصرف .

نقض ٤١/١٥٥ ق س ٢٦ ص ١٣١٥

□■□

(المبدأ ٦) : الهبة الباطلة لعيب فى الشكل لا ترد عليها الاجازة الا عن طريق تنفيذها اختيارا من جانب الواهب او وارثه .

نص المادة ٤٨٩ من القانون المدنى يدل على أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل لا ترد عليها الاجازة الا عن طريق تنفيذها اختيارا من جانب الواهب او وارثه بان يكون الواهب او الوارث عالما بان الهبة باطلة لعيب فى الشكل ومع ذلك يقدم على تنفيذها راضيا مختارا ، وهو على بينة من أمره فيسلم المال الموهوب الى الموهوب له قاصدا من ذلك اجازة الهبة فتنقلب الهبة الباطلة الى هبة صحيحة بهذه الاجازة الخاصة ، ولا يجوز له ان يسترد ما سلمه .

نقض ٤٠/١٣ ق س ٢٦ ص ٦٢١

□■□

و

وصى

وصــية

وفاة ووراثة

وقف

وكــالة

ولاية عامة

(المبدا ١) : نيابة الوصى عن القاصر ـ مباشرتها فى الحـدود التى رسمها القانون .

ان نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى ان يباشرها ـ وفقا لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى ـ فى الحدود التى رسمها القـانون ولما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة الا باذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات الى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينيـة العقـارية الأصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله ، وكذلك جميـع التصرفات المقـررة لحق من هذه الحقـوق ، فانه ينبىء على ذلك ان الوصى اذا باشر تصرفا من هذه التصرفات دون اذن المحكمة يكون متجـاوزا حـدود نيابته ويفقد بالتالى ـ فى ابرامه لهذه التصرفات ـ صفة النيابة فلا تنصرف آثاره الى القاصر .

نقض ٥١/٨٧٢ ق ج (١٩٨٢/٥/١٣) لم ينشر

□■□

(المبدا ٢) : شرط صيرورة الوصى نائبا اتفاقيا عن القـاصر بعد بلوغه سن الرشد .

صيرورة الوصى نائبا اتفاقيا نتيجة استمراره فى مباشرة الخصومة بوصفه وصيا رغم زوال تلك الصفة عنه اثناء سير الدعـوى دون تنبيـه المحكمـة الى ذلك ، لا تكون الا اذا كان القـاصر قد مثل فى الخصومة تمثيلا صحيحا وقت رفعها ابتداء فى شخص الوصى عليه فعلا ثم بلوغه سن الرشـد بعد ذلك، ومن ثم لا تنسحب هذه القاعدة على من كان بالغا سن الرشـد قبل رفع الدعوى وبالتالى لم يصح اختصاصه بداءة .

نقض ٤٨/٥٤٥ ق س ٣١ ص ١٩٩ ح ١

□■□

(لمبدا ٣) : ابرام الوصية لعقد مقايضة دون اذن المحكمة الحسـبية

اذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقـد المقاضـية الذى عقـدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسـبية هو عقـد باطل بطلانا نسـبيا يصح

باجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذى تم فيه العقد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح .

نقض ١٠٧/ ٣٠ ق س ١٦ ص ٧٣

□■□

(المبدأ ٤) : اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الاهلية . شرط ذلك .

اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصى أو القيم على اذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى ان تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الاهلية . واذا كان البطلان المترتب على مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل يستقل به فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا او عند رفع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات .

نقض ١٩٠/ ٢٩ ق س ١٥ ص ١٣١

□■□

(المبدأ ٥) : اليمين الحاسمة التى يحلفها الوصى . اثرها فى حق القاصر .

لا يجوز اعمال اثر اليمين الحاسمة التى يحلفها الوصى فى حق القاصر اذ أن اداء اليمين الحاسمة عمل من اعمال التصرف التى لا يجوز له مباشرتها .

نقض ٤٢٣/ ٢٦ ق س ١٢ ص ٤٥٥

□■□

(المبدأ ٦) : قرار المجلس الحسبى بانفراد الوصى المنضم بادارة التركة . معناه عزل الوصى الأول .

صدور قرار المجلس الحسبى بانفراد الوصى المنضم بادارة التركة لسوء ادارة الوصى الاول يعتبر عزلا — فى المعنى — لهذا الاخير من

الوصاية ، ومتى زالت عنذلك الوصى الاخير صفة القيام باعمال الوصاية زالت عنه صفة تمثيل القاصر فى التقاضى واصبحت تلك الصفة قائمةللوصى الجديد وترتيبا علىذلك فاناجراءات التنفيذ التاليةلتعيين الوصى الاخير يجب أن توجه اليه حتى تعتبر حجة على القاصر الذى يمثله ، فاذا لم توجه اليهكان هذا القاصر من الغير الذين لم يشتركوا فى اجراءات التنفيذ ، ويكون له الحق فى رفع دعوى اصلية ببطلان الحكم الصادر بمرسى المزاد .

نقض ٢٦٦/٣٠ ق س ١٦ ص ٧٢٨

□■□

(المبدأ ٧) : وصى القاصر مطالب شرعا بالمحافظة على ماله والعمل لصالحه فى جميع شئونه فلا يحتم عليه سواء فى ماله أو فى مال القاصر ، بمصاريف دعوى النفقة فى مال القاصر ولعدم تصور العنت المقتضى للحكم ، بالمصاريف .

حيث ان الحكم بمصاريف القضية على المحكوم عليه فى موضوع الدعوى مبناه ان من خسر دعواه انما كان يطالب أو يدافع بغير حق فيجب ان يلزم بما حمل خصمه من مصاريف فى سبيل الوصول الى حقه ، ومن حيث ان القصر الذين حكم للمدعية بالنفقة فى مالهم لا يمكن أن يتصور من ناحيتهم عنت فى التقاضى مع المدعية حتى يحكم عليهم بالمصاريف جزاء هذا العنت وكذا لا يصح أن يعد دفاع المدعى عليها عنهم من باب العنت لانالوصى على القاصر مطالب شرعا بالمحافظة على ماله وهذا الدفاع منه فيما يرفع عليهم من الدعاوى انما هو من قبيل المحافظة الواجبة عليه والعمل لصالح القصر فى جميع شئونهم فلا وجه كذلك لأن يحكم على الوصى بمصاريف القضية فى ماله ــ وانه والحالة هذه يكون الحكم بمصاريف القضية فى مال القصر ليس منطبقا على القاعدة المتبعة فى تحمل المحكوم عليه بمصاريف القضية التى خسرها .

٣٢/٢٩٦١ س ك مصر (٣٥/٢/١٣) م ش ٩٥٠/٦

□■□

(المبدأ ٨) : ليس للوصى بصفته وصيا حق ضم الصغير وان اوصى اليه الأب بذلك الا اذا كان عاصبا وليس هناك اقرب منه .

من حيث أن الخلاف انحصر بينهما فى ان الوصى له حق ضم الصغير لتربيته وانه أولى بذلك من العاصب . ومن حيث أن الولاية على نفس الصغير غير الولاية على ماله فالولاية على مال الصغير الى الأب ثم وصيه ثم وصى وصية وان بعد فلو مات ابوه ولم يوص فالولاية الى اب الاب ثم الى

وصيه ثم وصي وصيه فان لم يكن فالقاضي ومن نصبه القاضي (١) جامع ١٢ ج ٢) اما الولاية على النفس في الاحرار فهي للاقارب العصبة على ترتيب الارث ثم الى ذوى الرحم في قول ابيحنيفة ، وقال محمد « لا ولاية لهم » واضطرب القول عند ابي يوسف ثم لمولى الموالاة ثم الى الامام او نائبه وهو القاضي ولهؤلاء ولاية التزويج وكذا ولاية القيام بالتربة والحفظ للصغير والصغيرة عند عدم النساء الحاضنات او الاستغناء عن حضانتهن لان ولاية الضم من قبيل ولاية التزوج غير ان الصغيرة لا تدفع للذكر غير المحرم وغير ان الصغيرة والصغير لا يدفع احدهما الى الفاسق المفسد ، وغير انه اذا اجتمع اثنان فاكثر من نوع واحد كاخوة أو اعمام كان حق الضم لأصلحهم فان تساووا فاروعهم فان تساووا قدم الأسن ، قال في فتح القدير ص ٣١٦ جزء ٣ اذا لم يكن للصغير امراة من اهله او وجب الانتزاع من النساء اخذه الرجال واولادهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية عليه بالقرب ، ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه اقربهم تعصيبا واولى العصبات الأب ثم الجد ابو الآب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الأخ لأب وكذا من سفل من اولادهم ثم العم شقيق الأب ثم لأب ، فأما اولاد الأعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وام ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لآنهم غير محارم ، وانما يدفع اليهم الغلام. اذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الأخ لأم ثم الى العم لأم ثم الى الخال لأب وام ثم لأب ثم لأم لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة رحمه الله في النكاح . ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه فليس له حق في الامساك واذا اجتمع مستحقوا الحضانة كاخوة واعمام فأصلحهم اولى فان تساووا فأسنهم وفي الفتاوى الصغرى ، فان لم يكن عصبة فالى ذوى الارحام على الترتيب أ.هـ. وفي الفتوى الانقروية عند اجتماع من له حق الضم يقدم الاصلح ثم الاروع ثم الاسن واما الوصي فلا ولاية له في التزويج وان اوصى اليه الأب في ذلك قال في شرح الدر وابن عابدين (وليس للوصي من حيث هو وصي أن يزوج اليتيم مطلقا وان اوصى اليه الأب بذلك على المذهب نعم ولو كان قريبا أو حاكما يملكه بالولاية وان لم يكن احد اولى بدلا منه) ، وفي كافي الحكم (والوصي ليس بولي) وزاد في الذخيرة سواء اوصى اليه الاب بالنكاح او لا (ابن عابدين ص ٤٣١ ج ٢) وفي فتاوى قاضيخان (والوصي لا يملك انكاح الصغيرة اوصى اليه الاب في ذلك أو لم يوص) . وروى هشام عن ابي حنيفة . وهو قول مالك (ان اوصى اليه الاب جاز له تزويج الصغير والصغيرة وقال ابن ابي ليلى هو ولي في الوجهتين).

---

(١) راجع المادة الاولى من المرسوم بقانون ١١٩/١٩٥٢ .

ومن حيث ان ولاية الضم من قبيل الولاية على النفس وتكون لمن له ولاية التزويج كما علم من تعليل صاحب الفتح فيما نقلنا سالفا فلا يكون للوصي ولاية الضم كما انه ليس له ولاية التزويج خلافا لابن ابن ليلى فى وصى الاب ، ورواية النوادر عن ابن حنيفة ان اوصى اليه الاب فى ذلك وعلى هذا يخرج ما نقله ابن عابدين عن شرح المجمع بقوله « واذا استغنى الغلام عن الخدمة أجبر الاب او الوصي او الولي على اخذه لانه اقدر على تأديبه وتعليمه ا.هـ) وما استظهره بعد ذلك من قوله » قلت بقي ما اذا انتهت الحضانة ولم يوجد له عصبة ولا وصى فالظاهر انه يترك عند الحاضنة الا أن يرى القاضي غيرها اولى والله اعلم ص ٨٨١ جزء ٢) .

ولو وجد تشريع يقدم وصى الاب ان اوصى اليه الاب فى ذلك ترجيحا لرواية هشام عن ابى حنيفة لكان له حظه من الوجاهه وخاصة فى مثل هذا الزمن وقد تقدمت الحضارة وتنوعت اساليب التعليم والتربية ، ولعل الأب اوصى الى من يحسن ما لا يحسنه القريب وتكون تربيته من نوع التربية التى سار بأبنه فيها ، ولكن الى أن يوجد هذا التشريع فلابد من الحكم بأرجح الاقوال من مذهب ابى حنيفة طبقا للمادة رقم ٢٨٠ من اللائحة وهو ما بيناه .

ومن حيث ان الخلاف هو فى وصى الاب فقط اما وصى القاضي وهو المقام من قبله (المجلس الحسبى) فلا خلاف فى انه لا ولاية له على النفس اولا لانه يقبل التخصيص بما اقيم فيه وهو مقام فى المال فقط ، ثانيا ــ لان المجلس الحسبى لا ولاية له على النفس ولا سلطة له الا فى المال وفاقد الشيء لا يعطيه كما هى القاعدة الاصولية ، حقيقة أن للقاضي عند عدم العصبة ومن له حق ضم الصغير والصغيرة ان يضعهما عند الثقة الامين حسبما يرى فيه المصلحة وتقدم الحاضنة الا انيرى غيرها اولى ولكن هذا فيمن يعهد اليه القاضي صاحب السلطة فى ذلك ، بقى أن المدعى عليه هنا قريب اذ لم يوجد اقرب احق منه كما هنا فان الاخ مقدم على العم وقد اعترف له المدعى عليه بحيازته كل الصفات المؤهلة ولم يطعن فيه بمطعن شرعى .

٢٩/٥٠ شبراخيت (٣٠/١/٢) م ش ٢٦٠/٢

□■□

(المبدأ ٩) : حق الوصى فى رفع الدعاوى والطعن على الأحكام بطرق الطعن العادية ــ ما ورد فى المادة ٣٩ ق ١٩٥٢/١/١٩ من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية فى هذه الأحوال ليس شرطا لقبول الدعوى او الطعن فلا يصح تمسك خصوم ناقص الاهلية بهذا الاجراء .

للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة

من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية . اما ما ورد فى الفقرتين ١٢ ، ١٣ من المادة ٣٩ ق ١٩٥٢/١١٩ الخاص بأحكام الولاية على المال من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية اذا أراد الوصى رفع دعوى او اقامةطعن منالطعون غير العادية فهو ليسبشرط لقبولالدعوى أو الطعنوانما قصد به الى رعاية حقوق ناقصى الاهلية والمحافظة على اموالهم فهواجراءشرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به .

نقض ٢٣/٦ ق (٥٦/١٠/٢٥) س ٨٤٧/٧

□■□

(المبدأ ١٠) : اجراء الوصى القسمة الرضائية بغير الحصول على اذن محكمة الاحوال الشخصية ــ عدم الاحتجاج بالقسمة على القصر فى هذه الحالة ولو كان الوصى قد تعهد بالحصول على هذا الاذن وقصر فى ذلك .

حظرت المادة ٤٠ من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ فى شأن الولاية على المال ــ على الوصى اجراء القسمة بغير الحصول على اذن محكمة الأحوال الشخصية فاذا لم يصدر هذا الاذن امتنع الاحتجاج بعقد القسمة على القصر ، ولما كان الأمر يتعلق بمصلحة هؤلاء القصر وحمايتهم فان قول الحكم بأنه ليس للوصى أن يستفيد من تقصيره فى تنفيذ تعهده بالحصول على هذا الأذن لا يصادف محلا ولا يصلح ردا على دفاع الطاعنين بعدم جواز الاحتجاج بعقد القسمة على القصر منهم .

نقض ٣٢/٣٠٤ ق (٦٦/٥/١٢) م ١١٠٦/١٧

□■□

(المبدأ ١١) : التزام الوصى على القاصر بدفع دين من تركة متوفى .

التزام الوصى على القاصر بدفع دين من تركة متوفى ــ عمل به تخارج هو من التزام ما يلزم ، وبه يصير الوصى كفيلا ويلزمه أداء ما كفل به ــ وتصح مخاصمته فى ذلك .

٣٨/١٥٠ العليا (٣٩/١٠/٩) م ش ١٨/٤/١٢

□■□

(المبدأ ١٢) : الوصى يقبل قوله فيما يدعيه من الانفاق على الموصى عليه اذا ادعى ما ينفق على مثله فى تلك المدة لانه قائم مقام الوصى او القاضى .

المنصوص عليه أن هذا الوصى (وصى مقام من قبل القاضى) يقبل قوله فيما يدعيه من الانفاق على الموصى عليه وعلىاموانه من العبيد والضياع والدواب ونحو ذلك اذا أدعى ما ينفق على مثلهم فى تلك المدة لأنه قائم مقام الوصى او القاضى ص ٤٧٦ من الجزء الخامس من ابن عابدين (باب الوصى) ووصى القاضى كوصى الميت الا فى ثمان ذكرها الفقهاء على سبيل الحصر .

٤٠/١٢٢٥ س ك مصر (٤١/١٠/١٢) م ش ٦٦/٤/١٣

(المبدا ١٣) : كلا الوصيين نائب عن القاصر :

كلا الوصيين نائب القاصر فلا تسمع الدعوى التى سبق رفعها من الوصى ورفضها اذا رفعت من وصى اخر بعده .

١٤٦/٣٧ العليا (٢٠/١٢/٣٨) م ش ١٠/٤٢٥

□■□

(المبدا ١٤) : الوصى اذا انفق على القاصر من ماله بنية الرجوع ، رجع عليه بما انفق .

الوصى اذا انفق على القاصر بنية الرجوع رجع فى ماله شرعا وقد نص على ذلك فى الجزء الثالث من ابن عابدين ص ٤٦١ فى باب الوكالة ولا فرق بين الوصى والقيم فى شىء .

١٥٤١/٣٥ تلا (٣٠/٣/٣٧) ت س م ش ١٠/٤٥٦

□■□

(المبدا ١٥) : يجانب الوصى الى طلب الأجر اذا لم يوجد ما يدل على انه قد قبل الوصاية مجانا .

حيث انه لم يوجد بالأوراق ما يثبت ان المستانف قبل الوصاية بلا اجر . ويؤخذ من طلباته المتكررة عند تقديم الحساب أنه كان يطلب تقدير اتعاب له عن عمله مدة الوصاية وقد نصت لائحة تنفيذ قانون المجالس الحسبية على أنه اذا طلب الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب مكافاة عن عمله يعين المجلس مقدار هذه المكافاة بمراعاة قيمة الاموال والعمل الذى استوجبته ادارتها (١) .

٢٠/٢٥ العليا (١٧/١/٣٧) م ش ٩/١٦٦

□■□

(المبدا ١٦) : تصرف الموصى فيما اوصى به قبل وفاته يعتبر رجوعا عن الوصيه .

تصرف الموصى فيما اوصى به قبل وفاته يعتبر رجوعا عن الوصيه ـ اما البطلان الذى ليس فيه معنى الرجوع فهو البطلان الذى سببه فقد الموصى لاهليته وقت الايصاء أو بعده بجنون مطبق ـ أو هلاك الموصى به بلا فعل الموصى او موت الموصى له فى حياة الموصى .

١٦٤/٣٧ العليا (١٦/١/٢٩) م ش ١٠/٣٣٩

---

(١) راجع المادة ٤٦ ق ١١٩/١٩٥٢ .

وصية (1)

(المبدأ ١) : الوصية تمليك الى ما بعد الموت .

الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والتمليك يقتضى ثبوت الملك وقت التمليك .

٣٥/٣١٠ ك ـ اسيوط (٣٦/١١/٢٢) ٨/٤/٢١٢

□■□

(المبدأ ٢) : الوصية من عقود التبرعات لاتبطل بالشروط الفاسدة بل تصح وتلغو هذه الشروط .

المنصوص عليه ان الوصية من عقود التبرعات التى لا تبطل بالشروط الفاسدة بل تصح وتلغوا هـذه الشروط وقد نص ايضـا على ان الشرط الفاسد هو ما لايقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد من اهل الاستحقاق ولم يرد به عرف ولاشرع .

٤٦/٤٤ ك مصر (٣٧/١٢/١٢) م ش ٩/٤٢١

□■□

(المبدأ ٣) : الوصاية نوع من الولاية على المال .

الوصية نوع من الولاية على المال دون النفس .

٤١/١٣٦٥ الجمالية (٤١/٣/٢) ت س م ش ١٣/٧/١١٢

□■□

---

(1) ان الفقهاء عدوا الوصـية من المعاملات وجعلـوا احـكام الاسلام الخاصة بها نافذة فى اهل الذمة على اسـاس ان الذمى الذى بعقـد الذمة ساوى المسلم فى المعاملات والتبرعات ، فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته فكذلك لا تجوز من الذمى . ولم يكن ثمة خلاف بين الفقهاء على الاطلاق الا فيما يتفرع عن تلك القاعدة الاساسية فيما يتعلق بأغراض الوصية وأشخاص الموصى لهم .

(المبدأ ٤) : الوصية من العقود غير اللازمة .

الوصية شرعا هى تمليك مضاف الى ما بعد الموت ــ وهى عقد جائز غير لازم كالوكالة فيكون لبقائه حكم انشائه ، فتبطل بخـروج الموصى عن الاهلية كما اذا جن جنونا مطبقا ــ وهو ما يمتد شهرا عند ابى يوسف وسنة عند محمد .

٤٦/١٧ ك مصر (٤٦/١١/٥) م ش ١١٨/٢٢

□■□

(المبدأ ٥) : القانون المصرى لا يعرف الوصية بحق الانتفـاع المؤبد الا اذا اخرجها الموصى مخرج الوقف .

القانون المصرى لا يعرف الوصية بحق الانتفـاع المؤبد الا اذا اخرجها الموصى مخرج الوقف بالأوضـاع المعروفة ؛ ولئن كان هـذا الوقف حاصـلا بطريق الوصية وكان حكمه حكم الوصية ما دام الموصى حيا الا انه متى مات هذا الموصى مصرا عليها فقد حق الوقف ووجب تطبيق احكام وقف المريض مرض الموت على مثله (١) .

٣/٤٠ ق (٣٤/٦/٢١) م ش ٣٣٢/٧/٨

□■□

(المبدأ ٦) : يشترط لنفاذ الوصـية اسـتمرار اهلية الموصى لحين الوفاة فثبوت عتهه قبل الوفاة بأكثر من شهر مبطل للوصية .

ان المنصوص عليه شرعا ان الوصية من قبيل التصرفات غير اللازمة التى يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها فيشترط بقاء الموصى أهلا للتصرف حتى يموت وهو مصر على وصيته فبطرؤ هذا العته على الموصى مع استمراره أزيد من سبعة أشهر الى أن مات قد بطلت هذه الوصية على ما عليه الفتوى من أن الجنون المطبق ما امتد شهرا ويكون المدعى والحال ما ذكر محقا لدعواه بالنسبة لهذه الوصية .

٣٢/١٠٠ ك مصر (٣٤/٢/٦) ت س م ش ٦/ ٣٣١

□■□

(المبدأ ٧) : خضوع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى .

الوصية تخضع للقـانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صـدور الوصية منه ، فيسرى القانون رقم ١٩٤٦/٧١ على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقة عليه .

نقض ٢٩/١٦٧ ق (٦٤/٥/١٤) س ٦٧٤/١٥

---

(١) الوصية بالمنافع جائزة باتفاق الائمة الاربعة ومعهم جمهور فقهـاء المسلمين . وقد نص قانون الوصية فى مادتيه ٥٠ ، ٥١ أحكام الوصية بمنفعة.

(المبدا ٨) : خضوع الوصية للقانون السارى وقت الوفاة .

الوصية بطبيعتها تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانونى الا بعد حصول الوفاة وموت الوصى مصرا عليها ، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت الوصية . واذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصيه رقم ١٩٤٦/٧١ تعين خضوع وصيته لحكم هذا اللقانون .

نقض ٢٢/٢١٣ ق (٥٦/٢/٢٣) س ٢٤/٧

□■□

(المبدا ٩) : لا تنفذ الوصية الا فى ثلث التركة بعد جميع الديون .

لا تنفذ الوصية الا فى ثلث التركة بعد اداء جميع الديون التى عليها وعليه فلا محل لطلب الزام الموصى له بسدد ما على الاعيان الموصى بهـا من ديون .

٢٦/٤٤ ك مصر (٣٧/١٢/١٢) م ش ٩/٤٢١

□■□

(المبدا ١٠) : تنفذ الوصية فى ثلث التركة الا اذا اجاز الورثة ما زاد عليـه .

تنفذ الوصية فى ثلث التركة الا اذا اجاز الوثة ما يزيد عليه ، فانهـا تنفذ جميعا ما داموا من اهل التبرع .

٢٦/١٦٠ ك مصر (٣٧/١١/١٠) م ش ١٠/٧١٣

□■□

(المبـدا ١١) : لا تكون الوصـية لازمة الا بوفاة الموصى ومن حقـه الرجوع فيها كلها او بعضها حال حياته ولا تتحدد شروط الوصية بصفـة نهائية الا وقت وفاة الموصى .

لا تكون الوصية لازمة الا بوفاة الموصى ومن حقه الوجوع فيها كلهـا او بعضها حال حياته ولا تتحـدد شروط الوصية بصفة نهائية الا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الارادة منه ومن ثم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه وبالتالى يسرى القانون رقم ١٩٤٦/٧١ الخاص بالوصـية على كل وصية صـدرت من موصى توفى بعـد العمل باحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صـدورها سابقا عليه ــ فاذا كانت

الوصية لوارث وتوفى الموصى فى تاريخ لاحق للعمل بالقانون ١٩٤٦/٧١ سالف الذكر فانهـا تصبح نافذة فى ثلث التركة من غير اجازة الورثة وفقـا للمـادة ٣٧ من القـانون المذكور ـ والحكم المطعون فيـه اذ انتهى الى عـدم نفـاذ الوصية اطلاقا يكون قد خالف القانون .

نقض ٤١٤/٢٦ ق (٢٦/٦/١١) م ٢٢٥/١٣

□■□

(المبدأ ١٢) : لا يشترط لصحة اقرار الوارث للوصية ان يكون فى مجلس القضاء بل يصح خارجه وقبل قيام الخصومة .

لا يشترط فى الاقرار ان يكون بمجلس القضاء عند الاجابة عن الدعوى بل يصح أن يكون خارج مجلس القضـاء وقبل قيـام الخصومة ويعـامل به المقر اذا كان مكتوبا بخطه وعليه امضاؤه أو ختمه أو وجود كتابة تدل على صحتـه .

٣٦/١٦٠ ك مصر (٣٧/١١/١٠) م ش ٧١٣/١٠

□■□

(المبـدأ ١٣) : لا عبرة شرعا باجازة الوصـية ممن يملكها فى حيـاة الموصى لأن حقه انما يتعلق بالتركة بعد وفاة الموصى .

مجرد كتابة المدعى للوصية وتعهده بتنفيذها فى حياة الموصى لا عبرة به شرعا اذ الاجازة المعتبرة شرعا هى ما تكون بعد وفاة الموصى لأن ذلك هو الوقت الذى يتعلق فيه حق الوارث فى التركة ويقبل منه بصفته وارثا أجازة الوصية لبعض الورثة .

٣٦/٢٣٧ ك مصر (٣٨/٤/١٧) م ش ٦١٩/٩

□■□

(المبدأ ١٤) : اعتبار التصرف وصية ـ طبقا للمادتين ٤٧٧ ، ٩١٦ مدنى ، شرطه .

لما كان المشرع فى المادتين ٤٧٧ ، ٩١٦ من القـانون المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى ان يصدر فى مرض الوت ، وان يكون مقصودا به التبرع ، ولم يسـتوجب المشرع فى هـذه الحـالة ان يحتفظ المتصرف بحيـازة المبيع والانتفـاع به طوال حيـاته على ما اشترط فى المـادة ٩١٧ مدنى . واذ خلص الحكم المطعون فيه سائغا الى ان التصرف الصادرد من

الورثة للطاعن بموجب العقدين ، قد صدر فى مرض الموت ، فان ما استطرد اليه الحكم بعد ذلك فى التدليل على احتفاظ المورثة بالحيازة وبحقها فى الانتفاع طوال حياتها هى أسباب نافلة ، ويكون النص عليها غير منتج .

نقض ١٠١١/٤٧ ق ج (١٩٨٣/١٢/٢٦)

□■□

(المبدأ ١٥) : اجماع الحنفيــة على ان الوصية لغير وارث لا تنفذ من غير اجازة الورثة الا فى حدود ثلث التركة بعــد سداد دين التركة وعلى ان الموصى له يتملك من وقت القبول مستندا الى وقت وفاة الموصى . العبـرة فى تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض .

لئن كان الحنفية قد اجمعوا على أن الوصية لغير وارث لاتنفذ من غير اجازة الورثة الا فى حــدود ثلث التركة بعــد سداد ما تحمله من ديون وعلى أن الموصى له يتملك الموصى به من وقت القبول مستندا الى وقت وفاة الموصى مما يستلزم فى البادى الظاهر أن تكون العبرة فى تحديد قيمة الثلث الذى تخرج منه الوصية هى بقيمته وقت وفاة الموصى وهى ما ورد فى بعض كتب الحنفية دون تقييد له ـ الا أن الراجح عندهم هو أن يكون تقــدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القبض لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصــية واعطاء كل ذى حق حقــه وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثة أو الموصى له فيما يعطــاه ورتبوا على ذلك أن كل ما يحــدث فى الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص فى قيمــة التركة أو اهلاك فى بعض اعيــانها يكون على الورثة والموصى له وكل زيادة تطــرأ على التركة فى هذه الفترة للجميع . ولا يغير من هــذا النظر أن تكون الوصية بنقود مرسله مطلقة غير مقيدة بعين من أعيــان التركة ذلك ان حق الموصى له ـ بمثل هذه الوصــية يتعلق بجميع التركة ويكون ثلثهــا على الشيوع محملا للتنفيــذ والعبرة فى تقدير الثلث فى هــذا النوع من الوصايا هى ايضــا بقيمة الثلث عند القسمة والتنفيذ .

٣٢/٧١ ق (٦٧/١١/٣٠) س ١٧٦٨/١٨

□■□

(المبــدأ ١٦) : الوصــية لا تــكون لازمة الا بوفاة الموصى اذ له حــال حياته ان يرجع ـ فيهــا كلها او بعضهــا . شروط الوصية تتحدد بصفــة نهائية وقت وفاة الموصى ـ لا وقت صدور الارادة منــه . خضوع الوصــية للقانون السارى وقت وفاة الموصى .

لا تكون الوصية لازمة الا بوفاة الموصى ومن حقه الرجوع فيها كلهــا او

بعضها حال حياته ، ولا تتحدد شروط الوصية ـ بصفة نهائية ـ الا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الارادة منه ومن ثم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه ، وبالتالى يسرى القانون رقم ١٩٤٦/٧١ الخاص بالوصية على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه .
فاذ كانت الوصية لوارث توفى الموصى فى تاريخ لاحق للعمل بالقانون رقم ١٩٤٦/٧١ سالف الذكر فانها تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير اجازة الورثة وفقا للمادة ٣٧ من القانون المذكور . والحكم المطعون فيه اذ انتهى الى عدم نفاذ الوصية اطلاقا يكون قد خالف القانون .

نقض ٢٦/٤١٤ ق (٦٢/٦/٢١) س ٨٢٥/١٣

□■□

(المبدأ ١٧) : الدلائل على صدور الوصية من المتوفى حصرتها الفقرة الثالثة من المادة الثانية ق ٧١ سنة ١٩٤٦ فى أنواع ثلاثة هى : (١) الأوراق الرسمية ، (٢) الأوراق المكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، (٣) ان تكون ورقة الوصية مصدقا على توقيع الوصى عليها .

ان القانون منع من سماع الدعوى بالوصاية عند الانكار اذا لم توجد أوراق مما أشير اليها فى المادة ٩٨ من اللائحة تدل على صحة الدعوى ـ فوجود هذه الاراق ليس المقصود منه اثبات صحة الدعوى من الناحية الشكلية ولا اثبات صحة وقائعها من الناحية الموضوعية بل المقصود انه يجب قبل سماع دعوى الوصية والسير فى موضوعها التحقق بمقتضى هذه الاوراق من خلوها من شبهة التزوير وان وقائعها تستند مبدئيا الى ما يؤيد صحتها فكل ورقة تدل نصا او اشارة او ضمنا او تصلح لأن تكون قرينة على صدور الوصية كمحضر التصديق على التوقيع تكفى مسوغا لسماع الدعوى بها ولو لم تكن كافية لاثباتها . وكذلك يصلح مسوغا لسماعها كل ورقة ولو كانت هذه الورقة ليست هى الوصية نفسها بان كان خطابا منه يشير اليها او اقرارا بصدورها على وجه الاحتمال او تبليغا عن حصولها او غير ذلك مما يتضمن الاشارة اليها أو الاخبار عنها ـ وهذا المعنى هو ما يقيده نص المادة ٩٨ ق ٧٨ سنة ١٩٣١ بشأن ما يجب أن تتضمنه هذه الأوراق وهى انها (تدل على صحة الدعوى) ـ وظاهر ان الورقة التى تدل على صحة صدور الوصية أعم من أن تكون هى ورقة الوصية نفسها او اية ورقة تدل على صدورها ـ ولو كان الشارع يقصد ان دعوى الوصية لا تسمع الا اذا كانت الوصية ثابتة بورقة رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها

امضاؤه كذلك كما صنع فى دعوى الزوجيــة او الاقرار بها بمقتضى المــادة ٩٩ من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ .

٥١/٨ العليا الشرعية (٥٢/٤/١٢) م ش ٢٥/٢٥

□■□

(المبــدا ١٨) : الوصــية ــ انعقــادها بارادة الموصى المنفــردة دون اشتراط شكل خاص . ما اوجبته المادة ٢ ق ١٩٤٦/٧١ هو شرط لسماع الدعوى بالوصية عند الانكار .

مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ١٤٩٦/٧١ أن المشرع فرق بين انعقاد الوصية وبين شروط ســماع الدعوى بها ، فاعتبردا تصرفا ينشــأ بارادة منفردة ، تنعقــد بتحقق وجود ما يدل على ارادة الشــخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاتهبحق من الحقوق، ولا يشترط فى الايجاب الفاظ مخصوصة ، بل يصح بكل ما يفصح عنــه ، سواء كانت صيغته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالاشارة الدالة عليــه ، وما شرعه النص من وجوب ان تتخذ الواقعة بعد سنة ١٩١١ شكلا معينــا بأن تحرر بها ورقة رسمية او تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على امضاء الموصى او ختمه ، او تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بامضائه مطلوب لجواز ســماع الدعوى بالوصيية عند الانكار وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها .

نقض ٤٧/٧ ق س ٣٠ ص٩٩٨

□■□

(المبدا ١٩) : ثلث تركة المتوفى هو الحد الاقصى لوصاياه دون حاجة الى اجازة الورثة .

النص فى المادة ٣٧ من القانون رقم ١٩٤٦/٧١ بشأن الوصية على انه « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الوصى» مفادة ان المشرع جعل ثلث تركة المتوفى حدا اقصى لنفاذ وصاياه دون حاجة الى اجازة الورثة بحيث اذا لم يجيزوا الزيادة خلص لهم الثلثان الباقيان فلا تنفذ فيهما هذه الزيادة ، مما يقتضى ــ فى حالة تعدد الوصــايا ــ تحــديد قيمتها جملة لمعرفة ما اذا كان هذا الثلث يتسع لها فتنفذ جميعا دون حاجة الى اجازة والا قسم الثلث بين اصحاب الوصايا بالمحاصة .

نقض ٥٠/٦٨١ ق ح (١٩٨٤/١١/٢٢) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٢٠) : الوصية بالمرتب ـ كيفية تقديرها .

النص فى المادة ٦٥ من القانون رقم ١٩٤٦/٧١ بشأن الوصية على انه « اذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة او العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به .. » يدل على انه اذا كانت الوصية بالمرتب من غلة عين من اعيان التركة مؤقتة ـ ومن ذلك مدى حياة الشخص ـ فان الطريق الذى حدده القانون فى تقديرها هو ان تقدر هذه العين خالية من المرتب المحملة به بمقتضى الوصية ، وتقدر قيمتها وقد تعلق بها حق الموصى له بذلك المرتب والفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به .

نقض ٥١/٦٨١ ق ح (١٩٨٤/١١/٢٢) م ينشر

□■□

(المبدأ ٢١) : تعدد الأموال الموصى بها ـ مجاوزتها قيمة ثلث التركة عدم اجازة الورثة لها . اثره .

لما كانت الوصية لا تنفذ فيما زاد عن قيمة ثلث التركة اذا لم يجز الورثة هذه الزيادة . فاذا تعددت الاموال الموصى بها ـ بعمل قانونى واحد او اكثر ـ وجاوزت قيمتها ثلث التركة فانها تنفذ بالمحاصة بنسبة قيمة كل مال منها الى قيمة ثلث التركة .

نقض ٥١/١٢ ق (١٩٨٥/١/٣) لم ينشر

□■□

(المبدأ ٢٢) : الوصية الواجبة تخرج من التركة اولا كالوصية الاختيارية فتتاثر بها الزوجة كما يتاثر بها العاصب طبقا لقول الله عز وجل (من بعد وصية توصون بها او دين) وطبقا للمادة رقم ٨٧ ق ٧١ سنة ١٩٤٦ وليتفق الحكم بين ما اذا أوصى المتوفى لأولاد ابنه الذى توفى قبله ولم يوصى لأولاد ابن آخر توفى قبله ايضا فوجبت لهم وصية طبقا للمادة ٧٦ من القانون المذكور .

المنصوص عليه شرعا ان الوصية يجب ان تخرج من التركة اولا ثم يوزع الباقى بين الورثة لا فرق فى ذلك بين صاحب فرض وعاصب وهذا هو صريح قول الله عز وجل فى سورة النساء (من بعد وصية يوصين بها او دين) وقوله تعالى (من بعد وصية توصون بها أو دين) ، والمادة رقم ٧٨ ق ٧١ سنة ١٩٤٦ نصت على أن (الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا) أى أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية ، فاذا

جعلنا هذه صغرى لقيــاس من الشكل الاول كبراه (والوصية الاختيارية مقدمة على الارث) كانت النتيجة (الوصية مقدمة على الارث ومن المعلوم من ان النتيجة فى القياس لازمة متى صحت المقــدمتان والمقــدمة الأولى دليل المادة المذكورة والثانية لا نزاع فيها شرعا .

٥٣/٦٨ العليا (٥٣/١٢/٢٣) م ش ١٩٤/٢٤

□■□

(المبدأ ٢٣) : اقرار الوارث بالوصية الواجبة .

اقــرار الوارث بالوصــية الواجبــة اقرار على النفس بالمال فيعامل باقراره ويؤخذ من حصته فى التركة مقدار ما يخصه من الوصية التى أقــر بها ولو ثبت استحقاق شخص اخر غير المقر له كل ما يخرج من التركة على أنه وصية واجبة .

٥١/١٣ اسكندرية (٥٢/٥/٢٤) م ش ٢٣٢/٨/٣

□■□

(المبدأ ٢٤) : وصية غير المسلم تصح اذا كانت قربة عند المسلمين .

ان اصل حكم الشريعة الاسلامية فى وصايا غير المسلمين انها انما تصح اذا كانت قربة عند المســلمين وعند الموصــين بحيث اذا كانت قــربة عنــد الموصين وليست قربة عند المسلمين فالراجح أنهــا لا تجوز فمن أوصى من المسيحيين مثلا لبناء الكنــائس والبيع أو لاعانة الرهبان على الرهبنــة فان وصيته تكون باطلة فى رأى صاحبى ابن حنيفــة لانها وان كانت قربة عنــد الموصى فليست قربة عندالمسلمين . هذا هو الأصل الذى يمكن ان يقضى به القضاة الشرعيون اذا رفع اليهم الامر . ولأن الوصية على الكنائس والبيع والقسيسين والرهبان هى من أهم ما يتوسل به المسيحى لنيل ثواب الآخرة كما يتوسل المسلم بالوصية للمساجد وخدمة الشريعة الاسلامية فاجراء ذلك الحكم الشرعى على وصايا غير المسلمين فيه احراج عظيم لهم . وهذا هو وحده المعنى الذى يهتم له المسيحيون ويعملون على تنفيذ وصاياهم فيه فمتى صرح لهم بان الثلث الذى لهم حق فى الوصية به يصح أن يكون على وجوه معتبرة فى دينهم فقــد كمل لهم غرضهم ، أما أن يدعوا ان هذا الثلث أو اكثر منه يصح أن يوصى به لوارث فان هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لها بالدين بل هى من أمور الاحوال العينية التى يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما اختلفت اديانهم .

٣/٤٠ ق (٣٤/٦/٢١) م ش ٣٣٤/٧/٨

□■□

(المبدا ٢٥) : حكم الوصـــية عند غير المسلمين كحكمها عندهم من جهة التقيد بكونها لموجود حقيقة او حكمـا وعدم نفاذهـا فى اكثر من الثلث ولا تجـوز لوارث الا باجازة باقى الورثة ، فلا يصح القول باطلاقهـا عند غـير المسلمين .

وصية غير المسلم كوصية المسلم لاتصح الا لموجود حقيقة او حكما ولا تجوز بأكثر من الثلث ولا تجـوز لوارث الا باجازة باقى الورثة ، اما انهـا لا تصح الا لموجود ، حقيقة او حكما فانهـا تمليك والتمليك يسـتحيل ان يحصل لمعدوم غير موجود ، وأما ان الوصـية لا تجوز باكثر من الثلث فهو نص نظام تركات العيسويين الذى صدر به الامر السلطانى فى المحرر السامى الصدر فى ١٨٦١/٨/١٤ وتـكرر فى الأمر الملوكى الصـادر فى ١٨٦٢/٣/٢ المشتمل على نظامنامة التركات واشير اليه أيضا فى المحرر السامى المبلغ من المعية السـنية بمصر لنظارة الخارجية المصرية وحاصل ما نص عليه صراحة فى ذلك النظـام ان من يوصى من المسـيحيين بثلث مـاله الى بعض الوجـوه المعتبرة كانت وصيته هذه معتبرة شرعا متى كانت محررة بحضور البطرك او الأسقف او القسيس ومصـدقا عليهـا من ايهم وكذلك من يقسم امواله حال حياته وصحته وكمال عقله بين ورثته وحدهم او بينهم وبين غـيرهم ويفرز حصة كل منهم ويسلمها له فعلا فان تصرفه هذ يكون معتبرا ايضـا عند حكام الشرع متى كان مصدقا عليه من البطرك او الاسقف او القسيس المذكورين وان كل تركة يكون من مستحقيها قصر فان هؤلاء هم تحت رعاية الدولة ويصير تحرير تركةمورثهم المتوفى وضبطها بحسب اصول الشريعة مع تعيين وصى لهم من مؤتمنى ملتهم . فيؤخذ من هذا النظام : (١) انالوصية لا تعتبر الا اذا كانت لا تزيد عن ثلث المال ، (٢) وان كل تركة فيها قصر يكون نصيب القصر فيها على مقتضى أصول الشريعة الاسلامية اى على قاعدة ان الورثة ما فضل بعد البداءات من نفقة تجهيز ودفن ومن دين وبعد الوصـية التى لا يجوز أن تزيد على ثلث الباقى من المال .

نقض ٣/٤٠ ق (٣٤/٦/٢١) م ش ٣٣٣/٨/٨

□■□

(المبدا ٢٦) : وصية غير المسلم كوصـية المسـلم لا تجـوز لوارث الا باجازة باقى اورثة .

القاعدة فى الشريعة الاسلامية ـ التى تحكم النزاع قبل العمل بالقانون رقم ١٩٤٦/٧١ ـ أن وصـية غير المسلم كوصية المسـلم لا تجوز لوارث الا باجازة باقى الورثة . فاذا قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذ الوصية فى حق من لم يجزها من الورثة فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا .

نقض ٣٤/٣٣٠ ق (٦٨/٢/٢٩) س ١٩/٤٧٧

(المبدأ ٢٧) : الوصايا الواقعة من سنة ١٩١١ . وجوب ان يتضمن مسوغ سماع الدعوى بها - بعد وفاة الموصي - ما ينبيء عن صحتها .

النص فى الفقرة الاخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١/ ٩٤٦ على أنه « فى الحوادث الواقعة من سنة الف وتسعمائة واحدى عشر الافرنجية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى الا اذا وجدت اوراق رسمية او مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر او كانت الوصية او الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها » - يدل على وجوب ان يتضمن مسوغ الدعوى ما ينبيء عن صحتها ، واذ كان محضر ايداع الوصية - الذى تم بالشهر العقارى أما الموثق - قد تضمن بيان الموصي والموصى به مبين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصي ايداعه ، وهى بيانات تنبيء عن صحة الدعوى ، فان هذا المحضر يكون مسوغا لسماعها واذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز الدعوى فانه يكون مخالف للقانون .

نقض ٣٧/١٥ ق (٦٩/١٢/٣١) س ١٣٨٢/٢٠

□■□

(المبدأ ٢٨) : حق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بانه فى حقيقته وصية لا بيع ، وانه قصد به التحايل على احكام الارث . حق مصدره القانون .

حق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بانه فى حقيقيته وصية لابيع وانه قصد به التحايل على احكام الارث المقررة شرعا ، حق خاص به مصدره القانون وليس حقا يتلقاه عن مورثه وان كان هذا الحق لا ينشأ الا بعد وفاة المورث ومن ثم يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه اذ يعد الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسه بحقه فى الارث .

نقض ٢٦/٤١٤ ق (٦٣/٦/٢١) س ٨٢٥/١٣

□■□

(المبدأ ٢٩) : اجازة الوصية .

لم تكن الوصية واجبة التسجيل طبقا للقانون رقم ١٩٢٣/١٨ واجازتها لا يجب تسجيلها كذلك لان اجازة الوصية - على ما قرره فقهاء الحنفية - وان كانت بالنسبة للوارث تبرعا الا ان التمليك لا يعتبر منه بل يعتبر من الموصي وذلك سيرا على أصلهم المقرر عندهم الثابت وهو ان الوصية

للوارث مطلقا ولغير وارث فيما زاد على الثلث تصح ولا تقع باطلة بل يتوقف نفاذها على اجازة الورثة. فليست الاجازة اذن منشئة للحق حتى يسند التمليك الى الوارث . وعلى ذلك فاذا كان الاقرار الوارد بعقد صلح ابرم بين الورثة انما هو اجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنت فى حدود ثلث التركة لكل منهما فهو اقرار مقرر صادر من الابن لهما ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الاقرار ، ولا يجوز تحصيل رسم عليه عند تسجيل عقد قسمة عقارات التركة الذى حرر على اساسه باعتبار انه من البنود الواجبة التسجيل طبقا للقانون ١٩٢٣/١٨ والقرار الوزارى الصادر فى ١٩٢٦/٥/٢٦ .

نقض ٢٣/١٠٥ ق (٥٧/٢/٧) س ١٢٦/٨

□■□

(المبدا ٣٠) بيع الرجل ارضا لأولاده بشروط .

بيع الرجل ارضا معينة الى أولاده بالتساوى بينهم وتبرعه لهم بالثمن بشرط الا يكون لهم حق التصرف فى شىء منها ما دام حيا وان يكون له ريعها مدة حياته لا يعتبر وصية متى قبل المشترون البيع ووضع كل منهم يده على حصته والتزم بدفع الأموال الاميرية عنها مما يفيد قصد التملك فى المال ولا يؤثر فى ذلك اشتراط تأخير الانتفاع الى ما بعد الموت وعدم جواز التصرف فى حياته اذ ليس فى صيغة عقد الوصية التى ذكرها الفقهاء فى عامة الكتب ما يفيد التمليك فى المال مع تأخير المنفعة الى ما بعد الموت بل تدل فى عمومها على أن العين المرمى اليها لا تملك الا بعد الموت . ففى الكنز وملتقى الابحر وتنوير الابصار وهو ما اشتمل عليه كلام الهداية ان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت ، وجرى الزيلعى فى شرح الكنز وتابعه عليه شراح الكنز والتقى والتنوير والعناية ومنظومة الكواكبى وبه اخذ قدرى باشا فى كتاب الأحكام الشرعية على أنها (تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع) وفى الدر (جعل الغير مالكا لماله بعد موته) وفى الوقاية والنقية انها (ايجاب بعد الموت) ــ وحينئذ يكون تفسير العقد انه عقد وصية تفسيرا غير موافق للنصوص الفقهية .

١/١١٩ ع العليا (٤٣/٣/٢٢) م ش ١٧٣/١٤

□■□

(المبدا ٣١) : ملكية العقار الموصى به لا تنتقل الى الموصى له بالتسجيل الوصية غير المسجلة ــ اثرها .

من المقرر ان الملكية لا تنتقل الى الموصى له الا بالتسجيل . الا ان

الوصية غير المسجلة بمجرد وفاة الموصي ترتب ـ وطبقا للمادتين الرابعة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ ، ٣٧ من قانون الوصية رقم ١٩٤٦/٧١ ـ في ذمة الورثة ، باعتبارهم ممثلين للتركة التزامات شخصية منها التزامهم بتسليم العقار الموصى به ، والتزامهم بعدم تعرضهم له فيه ومن مقتضى ذلك بقاء العقار الموصى به فيما ينفذ من الوصية دون حاجة الى اجازة الورثة في يد الموصى له اذا كان تحت يده من قبل فلا يحكم بتسليمه لهم ، ولا يجوز للوارث ادعاء ملكيته وان تراخى ملكية العقار الموصى به ايصاء صحيحا ونافذا الى ما بعد تسجيل الوصية لا يحول دون تمسك الموصى له الذى قبل الوصية ـ ولم يردها ـ بالالتزامات الشخصية المترتبة عليها قبل الورثة .

نقض ٤١٩/٤٢ ق ج ١٩٨٣/٢/٢٧

□■□

(المبدأ ٣٢) : القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مدني شرط اعمالها ، أن يكون المتصرف اليه وارثا . للمتصرف .

المادة ٩١٧ من القانون المدني اذ نصت على انه « اذا تصرف شخص لاحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » فقد دلت على انه من بين شروط اعمال هذا النص أن يكون المتصرف اليه وارثا للمتصرف واذ كانت هذه الصفة لا تتحدد الا بوفاة المتصرف مما لا يصح معه وصف المتصرف بأنه وارث للمتصرف ما دام الاخير على قيد الحياة ، فان الموت لا يفيد من القرينة القانونية التى أقامتها هذه المادة .

نقض ١١٣/٤٦ ق س ٣٠ ص ٣٠

□■□

وفاة ووراثة

(المبدأ ١) : اثبات الوراثة .

لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٠٩ صريحة فى موادها من ٣٥١ الى ٣٥٧ فى ان تحقيق الوفاة والوراثة يكون على يد رؤساء المحاكم أو نوابها أو احد قضاتها أو قضاة المحاكم الجزئية على حسب الاختصاص بعد التحريات الادارية وسماع الشهود والورثة الحاضرين واخطار الغائبين فاذا لم ينكر احد من الورثة الحاضرين ولا من الغائبين الوارثة على احد ممن يدعيها يصدر الاعلام الشرعى بما ثبت لدى القاضى ويكون هذا الاعلام الشرعى حجة بالوفاة والوراثة ما لم يصدر حكم شرعى باخراج بعض الورثة أو ادخال آخرين ـ أما اذا أنكر أحد الورثة وراثة آخر ممن يدعيها فلا يكفى فى الحالة المذكورة الاعلام الشرعى بل لا بد لاثبات الوراثة من حكم شرعى وقد جاءت لائحة سنة ١٩٣١ مؤيدة لذلك فى مواردها من ٣٥٥ الى ٣٦١ .

وبما ان هذه النصوص صريحة فى أن انكار اوراثة الذى يستدعى استصدار حكم شرعى يجب أن يكون من وارث ضد اخر يدعى الوراثة .

١/٢٢ ق (٣٢/٥/٢٦) م ش ٤٧٦/٤

□■□

(المبدأ ٢) : دعوى الوفاة والوراثة مقدمة على دعوى المال ، ويكفى فى صحتها وسماعها مجرد دعوى المال والتصميم عليها الى النهاية فلا يقبل الدفع بخلوها من وجود المال لانه سابق لاوانه ولا يؤثر فى ذلك بناء الدفع على ان التركة جميعها مرهونة اذ الرهن لا يخرج العين المرهونة من التركة عن كونها تركة .

وحيث أنه يكفى فى صحة دعوى الوفاة والوارثة وسماعها مجرد دعوى المال والتصميم عليها الى ثبوث الوفاة والوراثة والحكم بذلك ينظر فى دعوى المال وبهذا يتضح أن الدفع بخلو الدعوى من وجود المال دفع غير مقبول لانه سابق لاوانه قبل اثبات وراثة المدعى وتمسكه بالسير فى دعوى المال بعد ثبوت حقه ويتعين رفضه عن أن الدفع انما هو بادعاء ان التركة مرهونة جميعها ولا تأثير لذلك على فرض صحته لان الرهن لا يخرج العين المرهونة من التركة عن كونها تركة .

٣٧/٦٤ ك س مصر (٣٨/٤/١٧) م ش ٩٠١/٦

(المبدأ ٣) : يكفى لصحة دعوى الوفاة والوراثة ذكر المال وليس بلازم لسماعها ان تقام البينة على المال اولا .

ان دعوى الوفاة والوراثة يلزم فيها ذكر المال لصحتها ، وليس بلازم ان تقام فيها البينة ـ عند الانكار ـ على المال بل ينبغى أن يقيم المدعى البينة اولا على الموت والنسب حتى يصير خصما ، ثم يقيمها على المال كما جاء بالجزء الثالث من الفتاوى الهندية .

٣٠/٢٨ ك اسيوط (٣٢/٦/٢٦) ت س م ش ٥١٢/٥

□■□

(مبدأ ٤) : دعوى الوفاة والوراثة لا يؤثر فيها زعم عدم ملك المال .

زعم عدم ملكية المورث للمنزل المحدود بالدعوى لا يؤثر فى سير الدعوى والحكم فيها مادام المطلوب بها هو الوفاة والوراثة ، لأن دعوى المال دعوى على حدة .

٣٩/١٣٢ العليا (٤٠/٦/١١) م ش ٢٢/٤/١٢

□■□

(المبدأ ٥) : يكفى فى الوفاة والوراثة الادعاء بالمال .

يكفى فى دعوى الوفاة والوراثة الادعاء بالمال ، ولا يلزم التحقيق من موجوده ، وهل تصرف فيه المتوفى قبل وفاته أم لا . فمحل هذه الدعوى المدنية المتوقفة على دعوى الصفة باثبات الوفاة والوراثة .

٣٦/١٥٣ ك مصر (٣٨/١١/٢٩) ٣ ش ٨٩٨/١٠

□■□

(المبدأ ٦) : بيان اعيان التركة فى دعوى اثبات الوفاة والوراثة

دعوى اثبات الوفاة والوراثة ، تضمن صحيفتها بيان اعيان التركة كفايته لسماعها ، لا يحول دون ذلك خلوها من تحديد واضع اليد على

التركة .

نقض ٤٢/١٥ ق (٧٦/١/١٤) س ٢٧

□■□

(المبدا ٧) : عـدم ملكية المتوفى للمحـدود بالدعوى لا يصلح دفعـا لدعوى الوفاة والوراثة اذ هى طلب لاثبات الخلافة ، وهو مقـدم على طلب الحكم بالمال .

حيث أن الدفع بعـدم السماع المتضمن ان المـال المدعى به غير مملوك للمتوفى لانه باعه قبل وفاته الى بنـاته المدعى عليهن لا يصلح دفعـا لطلب الحكم بالوفاة والوراثة ولا يمنع من سماع الاثبات على الخلافة لان المدعية ان تطلب اولا الحكم بهـذه الخلافة وتقيم الاثبات عليهـا قبل طلب الحكم بالمال واقامة الدليل عليه ، وعلى القـاضى ان يجيب طلبها ويسمع ادلتها على الوفاة والوراثة ويحكم لها بذلك ان طلبت الحكم به قبل الحـكم بالمال الذى ادته ، وقبل البحث فى ادلة تملكه ، ويكفى لتحقيق الخصومة فى هذه الخلافة وطلب الحكم بها ادعاء المدعى حقا على المدعى عليه من ميراث أو نفقة أو غير ذلك نص على ذلك فى الفتاوى الانقروية وغيرها .

٢١/٣٨ س ك مصر (٣٢/٥/١٠) م ش ٥/٨٥

□■□

(المبدا ٨) : سبق تحقيق الوفاة والوراثة ليس فصـلا فى خصـومة الوفاة والوراثة ، سيما اذا شملت الدعوى اشخاصا من غير الورثة وطلبات لم تدخل فى تحقيق الوفاة والوراثة .

من حيث ان ما دفع به المستانف عليه الأول من سبق الفصل فى موضوع الوراثة لصدور اعلام شرعى باتفاق الورثة ، دفع غير مقبول لان تحقيق الوفاة والوراثة ليس فصلا فى خصومة الوفاة والوراثة والتركة حتى تكون الدعوى بذلك مرة اخرى دعوى فى امر سبق الفصل فيه ، على أن الدعوى هنا تشمل اشخاصـا من غـير الورثة وطلبـات لم تدخل فى تحقيق الوفاة والوراثة . ولذلك يتعين رفض الدفع .

٢٥/١٦٢ العليا (٣٧/٦/٤) م ش ١٣١/٧/٨

(مبدا ٩) : دعوى اثبات الوراثة وان كان ذكر المال شرطا لصحتها شكلا ، الا ان للمدعى فيها الحق فى اثبات صفته وهى الوراثة ثم اثبات المال ، ولا تاثير لاقرار المدعى عليه بالمال او انكاره على احقية المدعى فى اثبات صفته .

ان دعوى الوفاة والوراثة ، وان كان ذكر المال شرطا لتصحيحها شكلا الا ان للمدعى الحق فى اثبات صفته ، وهى الوراثة ، ثم اثبات المال . واثبات الصفة له الحق فيه سواء اقر المدعى عليه بالمال او انكره كما هو واضح من الفتاوى الهندية .

١٢٧/٣٤ المنيا (٣٥/٦/١٠) ت س م ش ٩١/٧ع

□■□

(المبدا ١٠) : النظر فى الصفة التى يدعى المدعى انه يدلى بها الى الميت ويستحق بها ان يكون وارثا فيه تستلزم حتما النظر فى نسبه اليه او جهة قرابته منه .

ان دعاوى الميراث تشمل الصفة التى يدعى المدعى أنه يدلى بها الى الميت ويستحق بها ان يكون وارثا فيه ، والمال الذى يدعى انه تركة المتوفى وانه جاء حقا له بالميراث . وبما ان النظر فى الشق الأول وهو الصفة تشمل حتما النظر فى النسب وجهة القرابة بين المتوفى والمدعى ، ويجعل ذلك من اختصاص المحكمة الشرعية .

٢٤/٤٠ ك مصر (٤١/٢/٢٦) ٣ ش ٥١/٧/١٢

□■□

(المبدا ١١) : اذا طلب احد الورثة تحقيق الوفاة والوراثة ونازعه من لا يدعى المشاركة ، فان ذلك لا يمنع التقرير بالوفاة والوراثة .

اذا طلب احد الورثة تحقيق وفاة مورثه وانحصار ارثه فيمن ذكروا بالتحريات فلا يمنع التقرير بذلك تقدم شخص بالمنازعة فى ذلك وهو لا يدعى صريحا بما يفيد مشاركته لاولئك الورثة الا بما يحجبهم .

٢٩/١٦٧ مصر (٣٠/٣/٩) م س ٣٦٥/٣

(المبدا ١٢) : يعامل الوارث باقراره بوارث اخر .

يعامل الوارث باقراره بوارث اخر فى دعاوى الوفاة والوراثة وتكون التركة شركة بينهما .

٥٧/٦ العليا (٩٠٧/٤/١٠) م ش ٦٢٣/٥

□■□

(المبدا ١٣) :منازعة المدعى عليه فى ملك المتوفى للمال المشتملة عليه دعوى الوفاة والوراثة لا تمنع من سماعها .

لا يمنع من سماع دعوى الوراثة منازعة المدعى عليه فى ملك المتوفى للمال المشتملة عليه الدعوى .

٣٢/١٨ ك س اسيوط (٣٣/١٠/٣٠) م ش ٧٢٨/٥

□■□

(المبدا ١٤) : الدفع بملكية ما تحت اليد فى دعوى الوفاة والوراثة التى لم يطلب فيها التسليم سابق لاوانه .

الدفع بملكية ما تحت اليد فى دعوى الوفاة والوراثة التى لم يطلب فيها تسليم التركة يعتبر سابقا لاوانه ولا يمنع من الحكم بالوفاة والوراثة.

٣٦/١٢٠ ك مصر (٣٧/١١/٧) م ش ٦٤٣/١٠

□■□

(المبدا ١٥) : مصادقة الورثة على من يدعى وراثته للمتوفى دليل على صدق ادعائه الوراثة من المتوفى .

مصادقة الورثة على وراثة من يدعى وراثته للمتوفى ـ مع أن هذه المصادقة تنقص من انصبائهم ـ دليل على صدق ادعائه الوراثة من المتوفى والطعن بعد ذلك بأن مصادقتهم على محضر الوفاة باخوته لهم كان من املاء غيرهم ، غير مقبول ، ولا يهدر ما جاء بالمحضر .

٣٨/١٣ ك مصر (٤١/٥/٧) ت س م ش ٣٩/٧/١٣

(المبدأ ١٦) : اختلاف الفقهاء فى اعتبار الطعن بان لمدعى الوراثة نسبا اخر غير نسب المتوفى او ان للمتوفى نسبا يخالف النسب الذى يدعيه المدعى دفعا او انكارا ، محله ما اذا قبل صدور الحكم بالنسب على وجه معين اما بعد اتصال القضاء به فلا يصح نقضه واثبات نسب آخر وسماع بينة تعارض البينة الاولى .

اختلاف الفقهاء فى اعتبار هذا القول دفعا او انكارا ، محله ما اذا قبل صدور حكم بنسب المدعى او المتوفى على وجه معين اما بعد اتصال القضاء بذلك فلا يصح نقضه باثبات نسب اخر للمدعى او المتوفى وحينئذ لا تسمع البينة على ذلك لانها معارضة للبينة الاولى ، وقد ترجحت الاولى باتصال القضاء بها فلا تسمع بينة اخرى بخلافها .

٢/٢٣٢ ع٢ العليا (٤٤/١/٤) م ش ٩/٦/١٦

□■□

(المبدأ ١٧) : لا يقبل الدفع بتجرد دعوى الوراثة من المال قبل ثبوت الوراثة .

من حيث ان ما دفع به وكيل المدعى من عدم السماع لخلو الدعوى من المال بسبب أن المتوفاة باعت نصيبها فى المحدود بالدعوى لمن ذكرهم قبل ان يثبت المدعى الوراثة ، دفع سابق لاوانه لانه يتعلق بدعوى المال وهى لا يصح السير فيها قبل ان تثبت صفة المدعى التى بها يكون اهلا للخصومة والمطالبة بالمال الموروث وحينئذ يكون الدفع فى غير محله ويتعين رفضه .

٣١/١١٧ ك مصر (٣٢/١٠/٢٤) م ش ١١١/٥

□■□

(المبدأ ١٨) : تحقيق الوفاة والوراثة حجة فى خصوص الوفاة والوراثة ، ما لم يصدر حكم شرعى باخراج بعض الورثة او ادخال اخرين

وحيث ان المادة ٣٦١ من القانون ٣١/٧٨ نصت على أن تحقيق الوفاة والوراثة على وجه ما ذكر بهذا القانون حجة فى خصوص الوفاة والوراثة ما لم يصدر حكم شرعى باخراج بعض الوراثة أو ادخال آخرين ، فدلت هذه المادة بمنطوقها على ان هذه الحجية قائمة ما دام لم يصدر حكم شرعى

باخراج بعض الورثة ممن ذكروا بتحقيق الوفاة او بادخال بعض ورثة اخرين لم يذكروا به ودلت بمفهومها على أنه اذا صدر حكم بالادخال او الاخراج كان المعول على هذا الحكم دون تحقيق الوفاة الذى تنتهى حجته بهذا الحكم ، ويثبت من ذلك قطعا ان دعاوى الوفاة والوراثة تسمع ولو خالف المطلوب الحكم به فيما جاء بتحقيق الوفاة زيادة او نقصا .

□■□

(المبدا ١٩) : انكار الوراثة الذى يستدعى استصدار حكم شرعى لاثباتها .

انكار الوراثة الذى يستدعى استصدار حكم شرعى لاثباتها ، يجب ان يكون صادرا من وارث حقيقى ضد اخر يدعى الوراثة . فاذا انكرت وزارة المالية ، بصفتها حالة محل بيت المال ، الوراثة لصاحب المال الذى تحت يدها على من يدعيها فانكارها هذه الوراثة عليه لا يستدعى استصدار حكم شرعى لاثباتها ، لانها ليست الا امينة فقط على مال من لا وراث له ، فيكفى من يدعى استحقاقه لمال تحت يدها اثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال باعلام شرعى .

نقض ١/٢١ ق (٣٢/٥/٢٦)

□■□

(المبدا ٢٠) : دائن الميت خصم فى اثبات الوفاة والوراثة .

دائن الميت خصم فى اثبات الوفاة والوراثة توصلا لاثبات حقه ، كما يقضى بذلك المنهج الشرعى .

٣١/١٢٢ العليا (٣٢/٩/٢٧) م س ٢٥/٤

□■□

(المبدا ٢١) : الوارث الذى له حق مباشرة الدعوى بعد موت مورثه هو الذى يقوم مقامه فى الحق او الشىء الذى كان موضع الخصومة .

ان الفرض من الوارث الذى يجوز له أن يباشر السير فى الدعوى انما هو الوارث الذى يقوم مقام مورثه فى الحق أو الشىء الذى كان موضع

الخصومة ، اما اذا لم يخلفه فى ذلك فلا يجـوز له ان يباشر الدعـوى لانه حينئذ لا يمثله فيما كان خصما فيه .

٣٢/١٧٧ ك مصر (٣٦/١/٧) م ش ١١٨/٨

□■□

(المبدأ ٢٢) : اذا كان الوارث محجوبا بغيره حجب حرمان ، يحجب احد الورثة حجب نقصان وجب النص على ذلك فى الاشهاد .

اذا كان فى الورثة محجوب بغيره حجب حرمان يحجب احـد الورثة حجب نقصان وجب النص على ذلك فى اشهاد الوفاة والوراثة .

٤٢/٥٣ ادفو (٤٤/٣/١٨) م ش ١٩٧/١٥

□■□

(المبدأ ٢٣) : الدفع بمضى المدة انما يوجه على دعوى المال فقط ويكون سماعه عند السير فى دعوى المال واثباتها لا عند اثبات الصفة .

من حيث ان الدفع بمضى المدة انما يوجه على المال ويكون سماعه عند سماع دعوى المال واثباتها لا عند اثبات الصفة ، ومن حيث ان هذه الدعوى دعوى وارثة فقط وان المدعية تدعى ثبوت صفة الوراثة للمتوفى او انها من ضمن الورثة فهى دعوى وراثة فقط وأن المدعية تدعى ثبوت صـفة الوارثة للمتوفى وانها من ضمن الورثة فهى تدعى صفة مجـردة عن المال وقد نص شرعا على ان مدعى الصفة يكلف باثباتهـا ولا تأثـير لمضى المدة على مدعاه لاسيما وان الحكم صدر لها بالوفاة والوراثة واكتفت بذلك فتمخض الحكم الى صفة فقط .

٣٤/١٧٣ المنيا (٣٥/٦/١٠) ت س م ش ٤٩١/٧

□■□

(المبدأ ٢٤) : دفع دعوى الوفاة والوراثة بالتقادم .

دفع دعوى الوفاة الوراثة بمضى اكثر من ثلاث وثلاثين سـنة ، انمـا

يقبل عند قيام الانكار وعدم العذر فى اقامة الدعوى ، طول هذه المدة ولا مانع من الحكم بالوفاة والوراثة ما لم يثبت شيئا من ذلك .

٣٦/١١٩ ك مصر (٣٨/١٠/٢٦) م ش ٨٠٢/١٠

□■□

(المبدأ ٢٥) : بيت المال لا يعتبر وارثا ، فلا يصلح خصما فى دعوى الوراثة .

ومن حيث أن بيت المال الذى حلت محله وزارة المالية ، وان عد فى المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقا التركات التى لا مستحق لها ، الا انه ليس معتبرا فى نظر علماء الشريعة الاسلامية وارثا، بدليل جواز الوصية بكل التركة ممن توفى بلا وارث غير بيت المال ، ولو كان بيت المال معتبرا وارثا لما جازت الوصية بأكثر من الثلث وبدليل أن لمتولى بيت المال ان يسوى فى العطاء من امواله بين الذكور والاناث ، وذلك لا يحصل فى المواريث وبدليل أن مال الذمى يؤول لبيت المال اذا لم يترك وارثا يصرف منه للمسلمين وغيرهم ولا ميراث بين المسلم والذمى ، وانما و يعتبر أمينا على الاموال التى لا مالك لها .

ومن حيث انه متى ثبت ان بيت المال غير معتبر شرعا وارثا ــ وقد حلت محله وزارة المالية ــ تكون النتيجة انه لايصلح خصما فى دعوى الوراثة وكذلك وزير المالية ــ ولايجوز للاخير انكار الوراثة على أحد ممن يدعيها انكارا يستدعى استصدار حكم شرعى لانها امينة فقط على مال من لا وارث له ، ويكفى لمن يدعى استحقاقه لمال تحت يدها اثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال باعلام شرعى .

١/٢١ (٣٢/٥/٢٦) م ش ٤٩/٤

□■□

الـوقف

(المبدأ ١) : معنى الوقف .

الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله والتصرف ابدا بالمنفعة فالعين المحبوسة اذا اشترط الواقف جواز استبدالها باخرى مما هو جائز له شرعا ، فان هذا الشرط يمس بذات محل العقد فيجعله عرضة لتغيير ذاته ، كل ما يمس محل العقد هو متعلق بالعقد ذاته الذى هو أصل الوقف اشد التعلق .

نقض ٤/٧١ ق ح (١٩٣٥/٥/١٦)

□■□

(المبدأ ٢) : معنى الوقف وسببه .

الوقف نظام ولدته قرائح علماء الفقه الاسلامى لضرورات اجتماعية وشرعية اقتضته ، وهو ، بحسب قولهم ، ينحصر فى حبس العين حبسا مؤبدا مع التصدق بمنفعتها عاجلا أو آجلا على جهة بر لا تنقطع . فالملك الموقوف يبقى محبوسا أبدا عن امكان التصرف فيه ، فلا يجوز بيعه ولا رهنه ، وانما يجوز عند الضرورة استبدال غيره به على شرط أن يقوم البدل مقام الأصل فى أنه محبوس ابدا عن أن يتصرف فيه .

وسبب الوقف على ماهو ظاهر من تخلى صاحبه عن ملكه فورا ، وعن جعل منفعته فى الحال أو المال الى جهة البر ، وعلى ما صرح به الفقهاء ايضا ، هو التقرب الى الله تعالى ببذل المال فى سبيل الخير المأمور به ديانة . وقد بين الفقهاء كيف تكون حماية الوقف ، فجعلوا الاعيان الموقوفة تحت اشراف الحاكم الشرعى ـ والحاكم الشرعى مستديم ما دامت الحكومة نظامية ـ وجعلوا لهذا الحاكم أن يعين من يتولى فعلا حفظ العين الموقوفة واستغلالها وتوزيع ثمرتها على مستحقيها من أشخاص أو جهات بر ، وجعلوا على هذا المتولى أن يكون همه الاول المحافظة على أبدية العين ولو استغرقت نفقات تلك المحافظة كل ريعها . ومما قرروه فى شأن الوقف أنه « اذا احتيج فى المحافظة على اعيانه الى نفقة لا تفى ثمرته بها فان لمتوليه أن يستدين باذن الحاكم الشرعى ما يفى بتلك النفقة ، ويكون هذا دينا لازما على الوقف نفسه يؤدى من غلته . كما صرحوا بأن الغلة اذا فاضت عن المصاريف المقررة امكن

لجهة الوقف ان تشترى بهذا الفائض مستغلا يكون مملوكا لهـا وتستطيع بيعه عند الاقتضاء .

فالوقف اذن كائن تخلقـه ارادة الواقف ويبقى قائما على اصله أبدا يتعامل ويدين ويستدين وتكون له حقوق وعليه واجبات فى الحـدود التى قررها الفقهاء . وكل كائن يجمع هذه الخواص هو شخص قانونى اعتبارى بحسب اصطلاح الفقهاء .

نقض ٣/٧٣ ق (١٩٣٤/٤/٢٦) س ١ ص ٢٣٨

□■□

(المبدأ ٣) : المقصود باصل الوقف .

ان أصل الوقف هو ذات عقد الوقف لا أكثر ولا أقل .

نقض ٤/٧١ ق (٣٥/٥/١٦)

□■□

(المبدأ ٤) : خضوع نظام الوقف للشريعة الاسلامية .

نظام الوقف من حيث ماهيته وكيانه واركانه وشروطه والولاية عليـه وناظره ومدى سـلطانه فى التحـدث عنه والتصرف فى شـئونه وما الى ذلك مما يخص نظام الوقف هو على حاله خاضع للشريعة الاسلامية وقـد قنن الشارع بعض احكامه بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية واخيرا بالقـانون رقم ١٩٤٦/٤٨ فعلى المحاكم اعمـال موجب ذلك عنـد الاقتضـاء فيمـا يعترضها من مسـائله . اما العلاقات الحقـوقية بين الوقف والغـير فهى خاضعة للقانون المدنى .

نقض ٤٤/٢٠٣ ق ح (٧٩/١/٢٤) س ٣٠ ص ٣٤٥

□■□

(المبدأ ٥) : خضوع نظـام الوقف لحكم الشريعـة الاسلامية وتقنين الشارع بعض أحكامه بلائحة ترتيب المحـاكم الشرعيـة ثم بالقـانون رقم ١٩٤٩/٤٨ . وخضوع العلاقات الحقوقية بين الوقف والغير لحكم القانون المدنى .

الوقف له حكمان : حكم من حيث انه قائم له شخصية قانونية وحكم من حيث علاقاته الحقوقية بالغير . فأما ماهيتـه وكيانه واركانه وشروطه والولاية عليه وناظره ومدى سلطانه فى التحدث عنـه والتصرف فى شئونه ، وما الى ذلك مما يخص نظام الوقف فهو على حاله خاضع لحكم الشريعـة الاسلامية ، وقد قنن الشارع بعض احكامه بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية

واخيرا بالقانون رقم ١٩٤٦/٤٨ ، فعلى المحاكم الاهلية اعمال موجب ذلك عند الاقتضاء فيما يعترضها من مسائل . اما العلاقات الحقوقية بين الوقف والغير فهى خاضعة لحكم القانون المدنى .

نقض ١٦/١١ ق (٤٧/١/٢٣)

□■□

(المبدأ ٦) : اعتبار الوقف شخصية مستقلة عن الناظر وعن المستحقين (١) .

---

(١) وجد الفقهاء أن العين الموقوفة ما دامت فى ذاتها متقومة قابلة لتمليك وقد زال ملك الواقف عنها بمجرد الوقف ، فلا بد من أن يكون خروجها عن ملكه هو لتدخل ملك مالك آخر والا كانت سائبة عرضة لدخولها فى حوزة أى واضع يد عليها ثم فى ملكيته ، وفى هذا نقض لذات الوقف وللغرض الذى يرمى اليه . هذه الضرورة الفقهية دفعت الفقهاء الى البحث عن كائن يكون هو المالك لذلك الملك الذى خرج عنه صاحبه ، فاختلفوا فقال بعضهم أن الملك يكون لله حكما ، وقال البعض الآخر ان الملك يبقى على ملك الواقف أو ورثته واعترض عليه بأن هذا من جهة يناقض الفكرة الاساسية فى الوقف وهى خروج الواقف عن ملكه ومن جهة أخرى لو بقى الملك له أو لورثته من بعده لكان لكل منهم ما للمالك من حق التصرف وصح للواقف أو لورثته — عند الاقتضاء — الاخذ بهذا الحق والتصرف فى الاعيان الموقوفة وبهذا ينهدم الوقف والغرض منه . ثم صار تصحيح هذا النظر بأن قيل ان الاعيان بعد الوقف تبقى على ملك الواقف حكما . ومهما يكن من صواب هذين النظرين وعدم صوابهما فالواقع ان كلا من أصحاب هذين النظرين قد وجد نفسه مضطرا لايجاد شخصيه يسند اليها الملك بعد وقفه ، وتكون هى مناط الحقوق والواجبات المقررة بشأن هذا الملك الموقوف فجهد حتى وصل الى ما وصل اليه . واذا كان فى اجتهاده تجاوز حد فكرة الشخصية المعنوية ، بحسب اصطلاح القانون ، فانه على كل حال قدر شخصية أسند اليها ملكية الوقف على الوجه الذى وصل اليه اجتهاده . وما دام الوقف قد أسند الفقهاء ملكيته لشخصية مقدرة ومادام هو بنظامه يجمع كل العناصر التى قرر لها علماء القانون الشخصية القانونية المعنوية خلص من ذلك ان تكون ثمرة الوقف مملوكة لنفس جهة الوقف تستوفى منها ما يلزم للمحافظة عليه من أموال لجهة الحكومة وترميم الاعيان واصلاح فيها مما فيه دوام لها ولمنفعتها ، وما فضل بعد ذلك هو الواجب توزيعه على أصحاب المنفعة من المستحقين اشخاصا بأعيانهم كانوا أو جهات بر .

نقض ٣/٧٣ ق (١٩٣٤/٤/٢٦) س ١ ص ٣٧٨

الوقف شخصية مستقلة عن الناظر وعن المستحقين ، وثمرة اعيانه مملوكة له يستوفى هو منهـا ما يلزم للمحافظة على كيانه ، من أموال الجهة الحكومية وترميم فى الاعيان واصلاح فيهـا مما فيه دوام لها ولمنفعتهـا وما فضل بعد ذلك هو الواجب توزيعه على اصحاب المنفعة من المستحقين ، أشخاصا باعيانهم كانوا أو جهات بر ، ولا شيء للمستحقين الا فيمـا فاض من الغلة بعد المصاريف وتوفيـة تلك الاستحقاقات المعروفة بالبداءات .
وعلى ذلك فليس لدائن المستحق فى الوقف ان يعمد الى المحصولات الزراعية الناتجة من ارض الوقف فيحجز عليها فى مخازن الواقف حجزا تنفيذيا على اعتبار انها مملوكة ملكا خاصا لمدينه فان حجز عليها كذلك فحجزه باطل .

نقض ٣/٧٢ ق (١٩٢٤/٤/٢٦)

□■□

(المبدا ٧) : اشهاد ، صيغته . تكييفه . احتمال معنى الوقف (١) . المنع منه .

انه ان كان صيغة الاشهاد المتنازع على تكييفه تحتملُ معنى الوقف فى اصطلاح الفقهاء واطلاق عباراتهم لما انطوت عليه من مظاهر التأبيد والتصدق بالنفقة وصرفها مالا الى جهة بر لا تنقطع هى « قربة الصدقة » وهى من علامات الوقف وضوابطه ، الا أنه يمنع من هذا الاحتمال كون عرف الواقفين وعمل المحاكم الشرعية لم يجر على ضبط شهادات الوقف على هذه الصورة وكون الاطيان محل الاشهاد من الاراضى « الخراجية السواد » التى لم يكن يجوز وقفها الا باذن من ولى الامر وانما تجوز الوصية بها والتنازل عن منفعتها للغير بالشروط والقيود المقررة فى اللوائح التى كان معمولا بها قبل صدور القانون المدنى الملغى .

نقض ٣٢/٢٦ (٦٦/٣/١٦) س ٥٩٨/١٧

---

(١) المراد منه عقدة الوقف بجميع ما تشمل عليه من ايجاب ، وموقوف ومصرف وشروط وسائر الشروط الاخرى .
ويستوى فى هذا ما اذ صدر الوقف دفعة واحدة او صدر عجزا الوقف المجزا كان يبرم الواقف دفعة واحدة ، او صدر سجزا الحجة طبق الوقف المجزا كان يبرم الواقف عقدة وقفه ابراما صحيحا شرعا يبين مصارفه ويشترط فى اشهاد لاخر الحق فى تفصيل شروطه على الوجه الذى يراه فى حياته او بعد موته فما يقوم به من شرط له ذلك ليس عملا مستقلا وانما هو اكمال لما بداه الواقف وجزء متمم له يقوم به نيابة عن الواقف طبقا للشرط الوارد بوقفه . (ص ٥٥ من مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى جزء ٣ فى قانون الوقف للاستاذ محمد احمد فرج لسنهوري)

(المبدا ٨) : يشترط ان يصدر الوقف باشهاد رسمى ممن يملكه لدى احدى المحاكم الشرعية .

مفاد نص المادة الاولى من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ بأحكام الوقف ، انه يشترط ان يصدر بالوقف اشهاد رسمى ممن يملكه لدى احدى المحاكم الشرعية فاذا لم يصدر بالوقف اشهاد رسمى ممن يملكه لدى احدى المحاكم الشرعية فاذا لم يصدر اشهاد (١) بالوقف على هذا النحو كان التصرف غير صحيح ، ولا يعتبر موجودا فى نظر القانون .

نقض ٣٨/٢٨ ق (١٩٧٢/١٢/٦) س ١٩٧٢/٢٣

□■□

(المبدا ٩) : انشاء الوقف ـ شرط الواقف ـ تفسيره .

متى كان يبين من كتاب الوقف ان الواقفين انشأوا وقفهم على انفسهم مدة حياتهم ثم من بعد وفاة كل منهم يوضع الريع من حصته تحت يد الناظر لعمارة الوقف وترميمه وصلاحه وباقى الحصة تكون وقفا على زوجة كل من حضراتهم وأولاده الموجودين ومن سيحدثه الله له من الاولاد بالسوية بينهم الذكر والانثى والزوجة فى ذلك سواء فاذا ماتت احدى الزوجات تكون حصتها من ذلك لاولادها منه ذكورا واناثا بالسوية بينهم ، ثم من بعد كل منهم تكون حصته من ذلك وقفا على اولاده ثم على اولاد اولاده ثم اولاد أولاد أولادهم من اولاد الظهور دون أولاد البطون ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم من اولاد الظهور دون اولاد البطون بالسوية بينهم كذلك طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل الطبقة العليا منهم تحجب الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها بحيث يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره

---

(١) الحنفية لا يشترطون الشهادة فى صحة العقود الا الزواج ، فالاشهاد على الوقف أو التغيير فيه أو الاستبدال به ليس شرطا لصحة ذلك عندهم .

ـ مادة ١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ بأحكام الوقف من وقت العمل بهذا القنون لا يصح الوقف ولا الرجوع فيه ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف الا اذا اصدر بذلك اشهاد ممن يملكه لدى احدى المحاكم الشرعية بالملكة المصرية على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة » .

اشترط النص لصحة التصرفات الواردة به الاشهاد عليها نفسها على الوضع المبين به .

يستقل به الواحد منهم اذا انفرد ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما عند الاجتماع « على ان من مات منهم او ولد ولد او اسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك لولده او ولد ولده وأن سفل ، كل ذلك فى حق أولاد الظهور دون أولاد البطون فان لم يكن لكل منهم اولاد ولا ذرية او كانوا انقرضوا ، انتقل نصيبه من ذلك لمن هو فى درجته وذو طبقته من نسل الواقفين من أولاد الظهور دون أولاد البطون ، فان لم يوجد أحد من اهل طبقته يكون ذلك وقفا مصروفا لأقرب الطبقات للمتوفى من اهل هذا الوقف من أولاد الظهور دون أولاد البطون بالسوية بينهم » « وعلى انه اذا توفى أحد الواقفين المذكورين ولم يعقب اولادا ولا ذرية أو كانوا انقرضوا يكون ما هو موقوف عليه من ذلك منضما وملحقا بباقى الوقف المذكور » فان انشاء الوقف على هذه الصورة يدل على ان لكل من هذين الشرطين مناطه ونطاق تطبيقه لا يبغيان فمناط الشرط الاول ان يموت احد الموقوف عليهم عقيما فيؤول نصيبه لمن هو فى درجته وذو طبقته من اهل الحصة التى كان يستحق فيها ، ومناط الشرط الثانى ان ينقطع المصرف فى حصة احد الواقفين بانقراض جميع مستحقيها فتضم الى الحصتين الاخريين ـ باقى الوقف ـ وتقسم قسمتها وتعتبر وكأنها زيادة فى مصرفها .

نقض ٣١/٣٠ ق (٦٦/١٢/١٤) س ١٧/١٩٠٠

□■□

(المبدأ ١٠) : انشاء الوقف ـ دلالته على انه وقف مركب ـ خيرى واهلى .

متى كان انشاء الوقف يدل على أنه وقف مركب ـ خيرى واهلى ـ جعله الواقف من بعده حصصا اذا انقطع المصرف فى حصة منها لا الى عودة تكون وقفا منضما الى باقى الحصص وتعود الى أهل الوقف جميعه ، فانه بانقطاع المصرف فى حصة الذرية ترد الى الوقف جميعه ويجرى تقسيمها وتوزيع ريعها على باقى الحصص بما فيها حصة الخيرات وبنسبة ما يخص كل منها .

نقض ٣٠/٤٧ ق (٦٦/٦/٢٩) س ١٧/١٤٧١

□■□

(المبدأ ١١) : انشاء الوقف . وقف مرتب الطبقات ترتيبا افراديا .

متى كان الوقف مرتب الطبقات ترتيبا افراديا فان لازم هذا الانشاء ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ ان يكون استحقاق الفرع بعد اصله

استحقاقا اصليا لا ينتزع منه ولا وجه معه لنقض القسمة .

نقض ٣٢/١٨ ق (٦٦/٦/٢٢) س ١٧ ١٤٢٨/١٧

□■□

(المبدأ ١٢) : انشاء الوقف . دلالته على انه اوقاف متعددة ـ الوقف المرتب الطبقات ترتيبا افراديا .

متى كانت الواقفة قد أنشأت وقفها على نفسها مدة حياتها ومن بعدها جعلته حصصا على المذكورين فى اشهاد الوقف والتغيير ومنهم اخوها واولاد اخيها ثم من بعد كل منهم تكون حصته من ذلك وقفا على اولاده ثم على اولاد اولاده ثم على اولاد أولاد اولاده ثم على ذريته ونسله وعقبه طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل الطبقه العليا منهم تحجب الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها بحيث يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره يستقل به الواحد اذا انفرد ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما عند الاجتماع على ان من مات منهم وترك ولدا او ولد ولد او اسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك لولده او لولد ولده وان سفل فان لم يكن له ولد و لاولد ولد ولا اسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك الى اخوته واخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق مضافا لما يستحقون من ذلك ، فان لم يكن له اخوة ولا اخوات فلاقرب الطبقات للمتوفى من أهل هذا الوقف الموقوف عليهم وعلى أن من مات منهم قبل دخوله فى هذا الوقف واستحقاقه لشىء منه وترك ولدا او ولد ولد أو أسفل من ذلك قام ولده أو ولد والده وان سفل مقامه . فى الدرجة والاستحقاق واستحق ما كان اصله يستحقه أن لو كان الاصل حيا باقيا ، فان ظاهر هذا الانشاء يدل على ان الواقفة ارادت ان تجعل وقفها بعد وفاتها اوقافا متعددة مرتبة الطبقات ترتيبا افراديا يستقل كل منها عن الاخر بأعيانه وبالمستحقين فيه من افراد الطبقة الاولى المذكورين باسمائهم فى كتاب الوقف ثم من بعد كل منهم يكون ما هو موقوف عليه وقفا على اولاده ثم على اولاد اولاده فان لم يكن له ولد ولا ولد ولد انتقل نصيبه من ذلك الى اخوته واخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقا ، فان لم يكن له اخوة ولا اخوات فلاقرب الطقات للمتوفى من أهل هذا الوقف الموقوف عليهم .

نقض ٣٢/١١ ق (٦٦/٣/٩) س ٥١٨/١٧

□■□

(المبدأ ١٣) : تضمين كتاب الوقف وقفين . استقلال كل منهما عن الاخر باعيانه والمستحقين فيه .

كون الوقفين يضمهما كتاب واحد ليس من شانه ان يفقد كلا منهما استقلاله عن الاخر بل يظل كل منهما مستقلا عن الاخر باعيانه وبالمستحقين فيه باعتبارهما وقفين متعددين .

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩)　　　　　س ١٩٩٩/١٧

□■□

(المبدأ ١٤) : انشاء الوقف . دلالته على ان من مات عقيما من العتقاء المعينين باسمائهم فى الاشهاد ينتقل نصيبه للاحياء منهم . من مات قبل العقيم لا يستحق فى نصيبه .

متى كان الواقف قد انشأ وقفه على « نفسه مدة حياته » ثم من بعده على العتقاء المذكورين فى اشهاد الوقف فان هذا الاشهاد يدل على أن من مات عقيما من العتقاء المعينين باسمائهم فى الاشهاد ينتقل نصيبه للاحياء منهم وهو ما يبنى عليه ان من مات قبل العقيم لا يستحق فى نصيبه .

نقض ٢٩/٣٢ ق (٦٦/٥/١٤)　　　　　س ٩٧٨/١٧

□■□

(المبدأ ١٥) : الدرجة الجعلية . معناها .

ذو الدرجة الجعلية الذى اقامه الواقف مقام ابيه المتوفى قبل الاستحقاق لا يقوم مقامه فى وصف الاخوة حقيقة بل مجازا اذا الاصل حمل اللفظ على حقيقته ، كذلك لا يقوم مقامه فى وصف الدرجة او الطبقة لان وصف الدرجة أو الطبقة فى كلام الواقف محمول – هو الاخر – على الحقيقة دون المجاز لئلا يلزم الجمع بين المتضادين واعطاء الشخص فى موضع دل صريح كلام الواقف على حرمانه فيه وحرمانه فى موضع دل صريح كلام الواقف على اعطائه فيه ، فتبقى الدرجة او الطبقة فى كلام الواقف على حقيقتها وهو ما ينبنى عليه ان الولد الذى يستحق نصيب والده او جده بسبب موت أصله قبل الاستحقاق انما يستحقه وهو فى درجته النسبية لم يخرج منها ، واذا مات عقيما وليس له اخوة ولا

اخوات يرجع نصيبه الى اهل درجته وطبقته وهى الطبقة التى هو فيهـا بالذات وبمقتضى ترتيب النسب ولا يرجع الى اهل الطبقة التى هو فيهـا بطريق الفرض ولتوفير الاستحقاق عليه وهى طبقة عمه او عمته .

نقض ٣١/١ ق (٦٦/٥/١٤) س ٩٨٦/١٧

□■□

(المبدا ١٦) : المادة ٣٢ من القانون ١٩٤٦/٤٨ . الوقف على الذرية مرتب الطبقات . حجب الأصل فرعه دون فرع غيره . وفاة الاصل اثرة .

طبقا للمادة ٣٢ من قانون الواقف رقم ١٩٤٦/٤٨ اذا كان الوقف على الذرية وكان مرتب الطبقات لا يحجب اصل فرع غيره وانما يحجب فرعـه فقط مادام موجودا فاذا توفى الاصل انتقل الى فرعه ما استحقه بالفعل او كان يستحقه لو بقى على قيد الحياة .

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ٢٠٠٠/١٧

□■□

(المبدا ١٧) : كتاب الوقف . وجوب تنفيذه وفق المقرر شرعا وعقلا المعارضة فى نصوصه . عبء اثباتها . على المعارض تقديم حكم شرعى نهائى مؤيد لمعارضته .

القاعدة وجوب تمكين ذى السند على الفور من حقه ، فان كتاب الوقف ـ وهو سند رسمى ـ يجب احترامه وتنفيذه بما فى الامكان وفق المقـرر شرعا وعقلا مادام ان من يعارض فى نص من نصوصـه لم يسـتحضر فعلا حكما شرعا نهائيا مؤيدا لمعارضته .

نقض ٤٤/٢٠٣ ج (٧٩/١/٢٤) س ٣٠ ص ٢٤٧

□■□

(المبدا ١٨) : النزاع فى اصل الوقف .

اى شرط او قيد يضعه الواقفون فى كتب وقفهم بعـد ان يتم عقـد

الوقف الذى هو اصل الوقف يكون مرتبطا باصل الوقف ومتعلقا به كل التعلق وعلماء الشرع الاسلامى عندما يتكلمون على ما يشترطه الواقفون بعد تمام العقد يقولون « اذا اشترط الواقف فى اصل وقفه كذا ... » أو « اذا اشترط الواقف فى عقد الوقف أو فى الوقف أو فى الوقفية كذا ... » نجد هذا بكتاب قانون العدل والانصاف للمرحوم قدرى باشا فى كثير من مواد الباب الثانى الخاص بالشروط التى يجوز للواقفين اشتراطها والتى لا يجوز . وكل هذه الشروط منحصرة فيما يسمى فى اصطلاح الموثقين بانشاء الوقف ـ أى بيان الجهات والاشخاص الذين يكون لهم حق فى الغلة لزمن معين أو غير معين قبل ان تؤول لجهة البر الاخيرة التى حبسها الواقف عليها ـ ثم فيما يسمى فى اصطلاح الموثقين الشروط العشرة وهو ـ جواز او عدم جواز استبدال الوقف او تنقيص استحقاق المستحقين أو زيادة أو المفاضلة فيه بينهم أو حرمانهم بالمرة الى اخر تلك الشروط العشرة ثم فى غير ذلك من الشروط التى يرى كل واقف وضعها فى وقفه . فمع أن هذه الشروط خارجة عن ماهية عقد الوقف الذى هو أصل الوقف ولا شأن لها بصحته ولا بطلانه ، ولكن لما كانت مؤثرة فى ماهيته او فى لازم هذه الماهية لم يجد الفقهاء الا ان يعبرا فى صددها بالتعبير المذكور وهو « واشترط فى اصل الوقف كذا » وبما ان الوقفيات لا تحوى بعد عقد الوقف الذى هو اصل الوقف الا الشروط العشرة وهى تعم القسم المعروف بانشاء الوقف كما تعم باقى ما فى الوقفية فكل تلك الشروط متعلقة باصل الوقف مادامت مشروطة فيه والنتيجة ان كل نزاع فى أى تقرير من تقارير الواقف فى كتاب وقفه سواء أكان هذا التقرير من مكونات ماهيته أصل الوقف ذاته أم كان من مكونات شرط من الشروط الخارجة عن ماهيته أصل الوقف فهو نزاع فى مسألة متعلقة بأصل الوقف .

ويؤيد ذلك ان عقد الوقف ـ الذى هو اصل الوقف ـ من ناحية كونه عقدا هو كغيره من العقود مثل البيع والاجارة والشركة والعارية وغيرها . والشروط التى تشترط فى العقود لا تقصد لذاتها مجردة عن الاتصال بتلك العقود ومكيفة لاثرها ولم يقل احد البتة ان النزاع فى شرط من شروط عقد البيع مثلا هو نزاع فى امر غير متعلق بعقد البيع ذاته الذى هو « اصل البيع » وهذه الفكرة على بساطتها وبداهتها تفيد ان كل نزاع فى اى شرط من شروط عقد الوقف هو نزاع فى مسألة متعلقة بذات عقد الوقف الذى هو اصل الوقف .

نقض ٧١/٤ ق (١٩٣٥/٥/١٦)

□■□

(المبدأ ١٩) : النزاع الخاص بالاستبدال (١) .

النزاع الخاص بالاستبدال وان لم يكن متعلقا باصل الوقف من جهة سحته وبطلانه الا انه متعلق به من ناحية اخرى .

نقض ٧١/٤ ق ح (١٩٣٥/٥/١٦)

□■□

(المبدأ ٢٠) : خضوع نظام الوقف للشريعة الاسلامية ـ تقنين بعض احكامه . العلاقات الحقوقية بين الوقف وغيره ـ خضوعها للقانون المدنى .

نظام الوقف من حيث ماهيته وكيانه واركانه وشروطه والولاية عليه وناظره ومدعى سلطاته فى التحدث عنه والصرف فى شئونه ، وما الى ذلك مما يخص نظام الوقف ، فهو على حاله خاضع للشريعة الاسلامية . وقد قنن الشارع بعض أحكامه بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، واخيرا بالقانون رقم ١٩٤٦/٤٨ فعلى المحاكم اعمال موجب ذلك عند الاقتضاء فيما يعترضها من مسائله ، أما العلاقات الحقوقية بين الوقف والغير فهى خاصة للقانون المدنى .

نقض ٤٤/٢٠٣ ق س ٣٠ ص ٣٤٠

---

١ ـ أطلق الفقهاء كلمة الاستبدال ، وارادوا بها بيع الموقوف عقارا كان او منقولا بالنقد ، وشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة مكان العين التى بيعت والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى . هذا استعمال الفقهاء ولكن قد طرأ عرف آخر للموثقين من زمن بعيد فاطلقوا الاستبدال على شراء عين بمال البدل لتكون وقفا ، والابدال على بيع الموقوف بالنقد ، والتبادل أو البدل على المقايضة ، وقد تحددت هذه المفاهيم فى المحاكم واصبح كل منها يغاير الاخر وله مدلوله الخاص به ، ورعاية لذلك اختارت اللجنة التحضيرية التصريح بالانواع الثلاثة فى متن القانون ، ولكن ذلك قد لاقى اعتراضا بلجنة الأحوال الشخصية ومطالبة باستعمال اللفظ الفقهى وحده ، وبعد المناقشة فى ذلك استقر رايها على استعمال الاستبدال فقط مع ارادة تناوله للانواع الثلاثة . (قانون الوقف لفضيلة الشيخ محمد فرج السنهورى جزء ٣ ص ٢١٧) .

(المبدأ ٢١) : المادة ٥٨ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ، تطبيق المادة ٣٢ على جميع الاوقاف الصادرة قبل العمل به ـ مناطة .

تقضى المادة ٥٨ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ بتطبيق احكام المادة ٣٢ على جميع الأوقاف الصادرة قبل العمل بهذا القانون الا اذا كان فى كتاب الوقف نص يخالفها . والمقصود بالنص المخالف فى معنى المادة ٥٨ هو النص الصريح الذى يدل على ارادة الواقف دلالة قطعية لا ينطرق اليها الاحتمال فلا يتناول اللفظ اذا كان فى دلالته على المعنى خفاء لاى سبب كان.

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ٢٠٠٠/١٧

□▪□

(المبدأ ٢٢) : اعتبار كتاب الوقف سندا رسميا يجب احترامه وتنفيذه بما فى الامكان ووفق المقرر شرعا وعقلا .

عملا بقاعدة « ان من الوجوب تمكين ذى السند على الفور من حقه » فكان كتاب الوقف وهو سند رسمى ، يجب احترامه وتنفيذه بما فى الامكان ووفق المقرر شرعا وعقلا ما دام أن من يعارض فى نص من نصوصه لم يستحضر فعلا حكما شرعيا نهائيا مؤيدا لمعارضته فاذا رفع مستحق منصوص بكتاب الوقف على استحقاقه أصلا ومقدارا، دعوى على الناظر بطلب هذا الاستحقاق أو بطلب مبلغ منصوص على ولايته هو دون الناظر فى انفاقه ، فادعى الناظر ان هذه الولاية سقط او ان الاستحقاق سقط كله او بعضه ، وأنه رفع لدى المحكمة الشرعية المختصة دعوى لتقرير هذا السقوط وطلب من المحكمة الأهلية ايقاف دعوى المستحق حتى يفصل فى هذا الشأن من المحكمة الشرعية ، فان هذه المحكمة ليست مجبرة على اجابة طلب الايقاف ما دام الناظر ليس بيده حكم شرعى نهائى قاض بسقوط الاستحقاق او الولاية يعطل مفعول نص كتاب الوقت ، بل لها ان ترفض الطلب متى راته غير واضح الجدية ، وحكمها بهذا لا غبار عليه .

نقض ٥/٢٨ (٣٦/١/٥)

□▪□

(المبدأ ٢٣) : الأعيان الموقوفة محبوسة عن التصرفات لا يجوز فيها بيع ولا هبة ولا رهن ولا صية ولا ارث .

ان القاعدة الشرعية تقضى من جهة بوجـــوب المحـافظة على أبدية الاموال الموقوفة لتبقى على حالهـا على الدوام لا مالـكية لأحد فيهـا من الافراد ، وغير قابلة لأن يتملكها أحد من الأفراد كذلك . وتقضى من جهـة اخرى بوجوب نزع هذه الأموال ممن يجحد وقفها او يدعى ملكيتها او يخاف منه على رقبتها ، سواء أكان هو الواقف أو المتولى على الوقف ام المستأجر ام المحتكر ام من آلت اليه بتصرف من التصرفات النـاقلة للملك ولو كان مغرورا أو سليم النية ، وذلك لأن الأعيان الموقوفة محبوسة عن التصرفات لا يحوز فيها بيع ولا وهبة ولا رهن ولا وصية ولا ارث ، والواقف وذريته وناظر الوقف والمستحقون فيـه والمسـتأجرون لأعيـانه والمستحكرون له وورثتهم ، مهمـا تسلسل توريثهم وطال وضـع يدهم بهـذه الصفات ، لا يستطيع أى منهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة ولا يقبل من أيهم أن يجحد الوقف أو يدعى تملكه بالتقادم لأنهم جميعا مدينون له بالوفاء لأبديته ، وكل ما يصدر عنهم من ذلك يعد خيانة تقتضى نزع عين الوقف من يده .

نقض ٦/٨٦ (٣٧/٤/٢٢)

□■□

(المبدأ ٢٤) : النزاع حول تفسير احدى عبارات كتاب الوقف .

ان من أخص المسائل المتعلقة بأصل الوقف النزاع الذى يقوم حول تفسير احدى عبـارات كتاب الوقف متى كانت هذه العبـارة غامضة وكان تفسيرها على وجه معين دون آخر يعطى حقا أو يهدر حقا .

نقض ١٨/٢٤ ق (٤٩/١٢/٢٥)

□■□

(المبدأ ٢٥) : خلو الأوراق من العبـارة المنشـئة للوقف ـ لمحكمة الموضوع سلطة تقدير توافر عناصر الوصية .

اذا كان الثـابت فى الدعوى انه لم يصدر بالوقف اشـهاد رسمى من المورث الى ان توفى ، وكانت الأوراق المقدمة من الطاعنين للتدليل على تحول الوقف الى وصية ، ليس فيها العبارة المنشئة الوقف ، واذا كانت محكمة الاستئناف فى حدود سلطتها الموضوعية فى تقدير الدليل وتفسير المستندات

انتهت الى ان الأوراق المقدمة لا تتوافر فيها عناصر الوصية ، فان النعى على الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .

نقض ٣٨/٢٨ ق (٧٢/١٢/٦) س ١٣٣١/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٦) : ـ وقف غير المسلم ـ النظر عليه ـ جواز تعيين وزارة الأوقاف متى كان من بين مصارفه جهة اسلامية .

متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتعيين وزارة الأوقاف ناظرة على الوقف على ما جاء فى كتاب الوقف من أنه « فى حالة عدم وجود من توافر فيه الشروط اللازمة لاقامته ناظرا يرجع الأمر الى القاضى » وان مصرف هذا الوقف على فقراء الأقباط وغيرهم من أى جهة وأى ملة كانت ودفن الذين يتوفون ببندر المنصورة مطلقا ، وأن تلك العبارات تؤكد انها قصدت فى برها أن يعم الفقراء من كل الأديان وانه مما لا شك فيه أن المسلمين هم أصحاب دين وملة ويكون ما ذهبت اليه وزارة الأوقاف من أن الوقف انسحب الى فقراء المسلمين قول ينطبق على شروط الواقفة وعلى أن المحكمة بما لها من ولاية شرعية وولاية تستمدها من كتاب الوقف ترى أن تعيين وزارة الأوقاف ناظرة على الوقف ولا يقدح فى هذا ولا يمنع من توليها شئون الوقف أن الواقفة قبطية وان بعض مصرفه على الفقراء الاقباط ما دام للمسلمين نصيب فى هذا الوقف اذ أن وزارة الأوقاف ملزمة بتنفيذ ما جاء بكتاب الواقفة من صرف غلة الوقف على المسيحيين والمسلمين على السواء فى الحدود التى رسمتها الواقفة فى كتاب وقفها » ـ فان ما أورده الحكم يدل على أن من بين مصاريف الوقف جهة اسلامية قصدت الواقفة أن تشملها خيرات الوقف ليس ثمة ما يمنع من اقامة وزارة الأوقاف فى النظر عليه .

نقض ١٢/٣٣ق (٦٥/١١/٢٤) س ١١٣٦/١٦

□■□

(المبدأ ٢٧) : اسلام الواقف ليس شرطا فى صحة الوقف على المسلم . صحة وقف المسيحى ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعة الواقف وفى الشريعة الاسلامية .

اسلام الواقف ليس شرطا فى صحة الوقف على المسلم ، والأصل فى وقف المسيحى من حيث الجهة الموقوف عليها طبقا للمذهب الحنفى المعمول به وقت صدور الوقف موضوع النزاع ، هو أن يكون الوقف قربة الى الله تعالى عند المسلم والمسيحى معا ، وهو صحيح وفقا لنص المادة السابقة من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ ، ما لم يكن على جهة محرمة فى شريعة الواقف وفى الشريعة الاسلامية ، فيكون الوقف على فقراء المسلمين أو على فقراء المسيحيين أو عليهما معا جائزا فقها وقانونا ، ولأنه فى جميع الأحوال جهة بر يتقرب بها الى الله فى الشريعة الاسلامية والمسيحية حتى جاز للمسلم أن يدفع لفقراء غير المسلمين صدقة الفطر والكفارات .

نقض ٣٨/٥ ق (٧٢/٣/٢٩) س ٥٦٥/٢٣

□■□

(المبدأ ٢٨) : ـ وقف غير المسلم على مصرف لغير جهة اسلامية ـ النظر لمن تعينه المحكمة مالم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لوزارة الأوقاف .

مؤدى نص المادتين ٢/١ ، ٣ من القانون رقم ١٩٥٣/٢٤٧ المعدل بالقانونين رقمي ١٩٥٣/٥٤٧ ، ١٩٥٤/٢٩٦ ، نص المادتين ١ ، ١٧ من القانون رقم ١٩٥٩/٢٧٢ أن الشرع أقام وزارة الأوقاف فى النظر على الوقف الخيرى ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه ، وجعلها أحق بالنظر ممن شرط له الواقف ، ولو كان من ذريته أو أقاربه باعتبارها صاحبة الولاية العامة وأولى من غيرها برعاية جهات الخير وحمايتها وتوجيه الريع الى المصارف ذات النفع العام ، وتحقيق غرض الواقف من التقرب الى الله بالصدقة الجارية ، فأعطاها الحق فى النظر بحكم القانون فى الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٩٥٣/٢٤٧ ، وأورد بالمادة الثالثة منه استثناء على هذا الحق خاصا بوقف غير المسلم على مصرف لغير جهة اسلامية ، لتقيم القاضى ناظره ان لم يشترط الواقف النظر لنفسه . والحكمة من ذلك دفع الحرج عن الطوائف غير الاسلامية وعن وزارة الأوقاف فى ولايتها على أوقاف جعلت لمصارف الطائفة خاصة ، ولم يشأ المشرع عند وضع القانون ١٩٥٩/٢٧٢ أن يلغى الفقرة الأولى من المادة الثالثة سالفة الذكر حتى يستمر العمل بحكمها دون مساس أو تعديل ، وفى حدود الاستثناء الوارد عليه فى المادة الثالثة بشأن وقف غير المسلم على مصرف لغير جهة اسلامية ، ولا وجه للتحدى بما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة

الاولى من القانون رقم ١٩٥٩/٢٧٢ من ان وزارة الاوقاف تتولى الاوقاف الخيرية التي يشترط النظر فيها لوزير الأوقاف اذا كان واقفوها غير مسلمين والقول بانها الغت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون القديم ٥٣/٢٤٨ وانها لا تعطى وزارة الأوقاف الحق فى النظر على الوقف الخيرى من غير المسلم اذا لم يشترط فيه النظر لها ، ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون الجديد ١٩٥٩/٢٧٢ على ما هو ما واضح من عبارتها وضعت لتجعل لوزارة الأوقاف حق ادارة الأوقاف الخيرية اذا كان الواقف غير مسلم وشرط لها النظر ، وتعتبر هذه الفقرة قيدا يضاف الى نص المادة الثالثة من القانون القديم ، بحيث اذا كان الواقف غير مسلم والمصرف غير جهة اسلامية،كان النظر لمن تعينه المحكمة ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لوزارة الاوقاف ولا علاقة لهذه الفقرة بالحالة التى تنظمها الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون القديم ، وهى حالة الوقف الذى اشترط فيه الواقف النظر لغيره ، اذ يكون النظر لوزارة الأوقاف بحكم هذا القانون بدلا ممن شرطه الواقف ، وبالتالى فلا تعارض بين نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون القديم وبين نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون الجديد .

نقض ٣٨/٥ ق (٧٢/٣/٢٩) س ٢٣ /٥٦٧

□■□

(المبدأ ٢٩) : شرط الواقف بان يتولى الناظر صرف ريع الحصة حسبما يتراءى له على الاغراض المخصصة فى حجة الوقف ـ لا يفيد تمليك الناظر حق التصرف فى أصل الاستحقاق .

قول الواقف ـ المسيحى ـ فى الحصة المرصودة على المضيفة ، بأن يتولى الناظر صرف ريعها حسبما يتراءى له على الأغراض المخصصة للسراى ـ الملحق بها المضيفة ـ لا يفيد تمليك الناظر حق التصرف فى اصل الاستحقاق ادخالا واخراجا ، واعطاء او حرمانا ، فلا يكون له سلطان فى اسقاط حق المترددين على المضيفة غير المسيحيين ، اذ لم يشترط الواقف الشروط العشرة فى وقفه ، وانما يفيد هذا القول تمليك الناظر حق صرف الريع فى الوجوه اللازمة لقيام المضيفة وتقرير ما يتطلبه كل وجه .

نقض ٣٨/٥ ق (٧٢/٣/٢٩) س ٢٣ /٥٦٦

(المبدأ ٣٠) : شرط الواقف المسيحى جعل المكان الموقوف مقرا لمن يرد عليه من الفقراء والمساكين ورجال العلم والادب دون تخصيص . ثبوت الاستحقاق للمترددين من المسيحيين والمسلمين .

اذا كان الواقف قد نص فى كتـاب وقفة على أن « السراى ، الموقوفة، تكون مقرا لسكن ناظر الوقف ومن يرد هذه السراى من الفقراء والمساكين وابناء السبيل والمحتاجين ورجال العلم والأدب والدين للمبيت فى السلاملك المخصص لذلك بهـذه السراى ولطعامهم الطعـام المناسب من الريع الذى سيخصص لها بعد ... » فان هذا القول من الواقف يدل على التعميم لا التخصيص والاطلاق لا التقييد ، فيثبت الاستحقاق للمترددين من المسيحيين والمسلمين وغيرهما فى الضـيافة المذكورة ، ودلالته على هـذا المعنى دلالة نصيبه صريحة تفيد الحكم بطريق القطع ، فلا يكون صـــحيحا ما ذكرته الطاعنة ـ ناظرة الوقف ـ من ان الواقف لم يقصد مطلقا جهـة برعامة ، يدخل فيهـا مصرف اسلامى ، ولم يذكرها صراحة ويؤكد ذلك أن الواقف خصص مصرف الأقسام الأخـرى فى الوقف لأبنـاء دينـه وطائفته على النحو الذى اوضحه الحكم ، ولا يغير من هـذا النظر ما اثارته الطاعنة من دلالات بسبب النعى ، ذلك انه لما كان وقف المسيحى على المسلم صحيحـا شرعا ، وهو قربة الى الله تعـالى فى دينــه فمجرد كون الواقف مسـيحى الديانة ، واشتراطه النظارة من بعده لغبطة البطريرك بعد انقراض الذرية، لا يحمل دلالة على أن الواقف أراد بالفقراء وغيرهم من المترددين على المضيفة حصوص المسيحيين ، اذ لا منافاة بين المسيحية والقـربة الى الله تعـالى بالصدقة والبر العام ، فلا تكون ديانة الواقف سببا للتخصص ، لأن اعتناق الدين أمر باطنى ولا تستمد منه ارادة بالحرمان لم يقم عليها ظاهر ، بل لقد قام الدليل على خلافهـا ، اذ نص الواقف على عمـوم الاسـتحقاق بـين المسيحيين وغيرهم فى هذا الخصوص ، وكذلك الحال بالنسبة للناظر فلا يلزم من كون الناظر مسيحيا ان يكون الموقـوف عليه مسـيحيا ، واذا كان اشتراط الواقف جعل ريع الحصة التى تعذر صرفها فى باقى الحصـص ، هو نص لازم لمنع الانقطاع فيها ، واشتراط ايلولة جميع الحصص انتهـاء عند تعذر صرفها فى الجهات التى حددها الى جهة بر لا تنقطـع ـ سـواء كانت الجهة هى الفقراء المسيحيين أو غـيرهم ـ هو شرط لصحة الوقف قانونا فلا يحمل اى شرط قرينة على ارادة الواقف انسحاب ما تقيدت به جهة مآلية على جهة اصلية ، بل ترتيب الاستحقاق فى هذه الجهة الانتهائية على تعذر الصرف فى الجهة الاصلية معناه تحقق المغايرة بينهما ، عدم ارادة الواقف تقييد الاولى بما تقيدت به الثانية .

نقض ٥/٣٨ ق (٧٢/٣/٢٩)   س ٥٦٥/٢٣

(المبدأ ٣١) : النظر على الوقف الخيرى بحكم القانون لوزارة الاوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه او لمعين بالاسم . انتهاء النظارة على الوقف اعتبار الناظر السابق حارسا على أعيانه حتى يتم تسليمها لوزارة الأوقاف . صفة الحراسة تخول له الطعن بالنقض على الحكم الصادر ضد الوقف .

تنص المادة الثانية من القانون ١٩٥٢/٢٤٧ بشأن النظر على الاوقاف الخيرية على أنه اذا كان الوقف على بركان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الاوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه او لمعين بالاسم ، كما تقضى الفقرة الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور بأن على من انتهت نظارته ان يسلم اعيان الوقف للوزارة خلال ستة اشهر من تاريخ انتهاء نظارته ، وبأن ناظر الوقف يعد حارسا عليه حتى يتم تسليم اعيانه . واذن فمتى كان الطاعن لم يعين بالاسم فى كتاب الوقف ناظرا عليه فقد زالت صفته كناظر للوقف وان بقيت له صفة الحراسة طالما انه لم يثبت بالاوراق قيامه بتسليم اعيان الوقف لوزارة الاوقاف . وهذه الصفة تخول له حق الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف لما فى اتخاذ هذا الاجراء فى ميعاد معين من دفع ضرر يحيق بالوقف .

نقض ٢٦/٩٤ ق (٦١/١٢/٢٨) س ٨٢٥/١٢

□■□

(المبدأ ٣٢) : تعيين ناظر الوقف على وقف غير المسلم على جهات البر الخاصة بدينه .

النظر على وقف غير المسلم على جهات البر الخاصة بدينه .

الحق فى النظارة لا يستمد من شرط الواقف بل من قرار المحكمة بالتعيين لا من تاريخ وفاة من شرط له الواقف النظر . تقديم طلب الاقامة فى النظر بعد صدور قانون ١٩٥٣/٢٤٧ الذى الغى المادة ٤٧ من قانون الوقف واتى بأحكام جديدة فان هذه القواعد الاخيرة هى الواجبة التطبيق .

نقض ٤٠/١٣ ق (٧٦/٢/٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ٣٣) : اقامة الناظر المؤقت نوع من العزل ، وفى ذات الوقت اقامة وان كانا موقوتين .

ـ الناظر المؤقت هو الذى تناط به ادارة اعيان الوقف وفقا للمادة ٥٣ من القانون ١٩٤٦/٤٨ .

ـ اقامة حارس قضائى على الوقف من نتيجتها ان يصبح بمثابة ناظر مؤقت .

ـ صاحب الصفة فى تمثيله لا يتحدث فى شئون ادارته سواه .

انحسار وظيفة الناظر عنه فى الفترة التى تكون فيها اعيان الوقف فى يد ناظر مؤقت ثم حارس قضائى. عدم تحقق موجب المطالبة باجر النظر .
ــ الغاء قرار الاقامة وانهاء الحراسة ليس من شـانه اعتبـار الناظر قائما بوظيفته .

اذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعن كان ناظرا على وقف ، وبتـاريخ ١٩٤٩/١/٢٥ أقيم المطعون عليه السـابع ناظرا مؤقتـا على اطيان الوقف اعمالا لما تقتضى به المواد من ٥٠ الى ٥٣ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ، ثم اقيمت على الطاعن دعوى بطلب عزله من النظـر واقيمت فى الوقت نفسـه دعوى حراسة على أعيان الوقف وقضى فيها ابتدائيا من محكمة الامور المستعجلة باقامة الطاعن والمطعون عليه السابع حارسـين قضـائيين على تلك الاعيان بدون اجر وعدل هذا الحكم استئنافيا باقامة الطاعن حارسا بدون اجر على أحدى عمارات الوقف التى تغل ربما يناهز استحقاقه هو واخته كمـا أقيم المطعون عليه السابع حارسا بدون اجر على باقى اعيان الوقف باعتبار انهـا تغل من الريع ما يناهز اسـتحقاقه هو وباقى المطعـون عليهم وجعلت هذه الحراسة موقوته بالفصل فى دعوى العزل وعهد الى كل حارس ادارة ما عهد اليه من اعيان الوقف واستغلالها ودفع كافة النفقات الضرورية للعمارة .. الخ . وقد ظلت يد كل من الحارسين موضوعة على ما اختص بادارته الى ان انتهت الحراسة القضائية فعلا فى ١٩٥١/٦/٣٠ وكانت اقامة الناظر المؤقت هى نوع من العزل (بالنسـبة للناظر القـديم) وهى فى ذات الوقت اقامة للناظر الاخر « وان كان العزل والاقامة مؤقتين » وكان الناظر هو الذى تناط به ادارة اعيـان الوقف وفقـا لنص المادة ٥٣ من القانون ١٩٤٦/٤٨ الذى استند اليه قرار الاقامة سالف الذكر ، كما ان اقامة حارس قضائى على اعيان وقف ما من نتيجتهـا قانونا ان يصبح الحارس بمثابة ناظـر مؤقت ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف ولا يملك التحدث فى شئون ادارة الوقف سواه ، فان مؤدى ذلك جميعه أن تعتبر وظيفة الطاعن كناظر على الوقف فى الفترة التى كانت اعيان الوقف فيها فى يد الناظر المؤقت ثم فى يد الحارس القضائى قد انحسرت عنه فلا يتحقق فيه ــ فى خصوص المطالبة باجر النظر ــ موجب المطالبة ــ لا يقدح فى ذلك ان يكون قرار الاقامة قد الغى أو تكون الحراسة قد حكم بانهائها فانه ليس من شان هذا او ذاك اعتبـار الناظـر قائما بوظيفته ــ اما قـول الطاعن بانه ثبت ان طلب اقامة الناظـر المؤقت ودعوى كليهما لم يكن لهما مقتض وانهما من سعى الخصوم وتدبيرهم وان شل يده كان مبنيا على أسباب غير صحيحة فان ذلك لا يعتبر اساسا قانونيا صحيحا للمطالبة بالمبلغ المرفوعة به الدعوى ــ بحسبانه أجرا له على قيامه بالنظارة على اعيان الوقف فى الفترة من ١٩٤٩/١/٢٥ الى ٣٠/٦/ ١٩٥١ .

نقض ٢٨/٩ ق (٦٠/٦/٣٠) — س ١١/٤٨٩

(المبدأ ٣٤) : لا يملك ناظر الوقف ابدال اعيانه ولو كان مأذونا . تصرفه فى اعيان الوقف يأخذ حكم بيع ملك الغير .

ناظر الوقف لا يملك ابدال اعيانه حتى ولو كان ماذونا بذلك فى حجة الوقف . وعقد البدل الذى يبرمه لا يخرج عن كونه تصرفا فى بعض اعيان الوقف ممن لا يملك هذا التصرف وهو بذلك يأخذ حكم ملك الغير بحيث اذا لحقته الاجازة من المالك الحقيقى او صارت الملكية الى البائع بعد صدوره انقلب العقد صحيحا فى حق المشترى (٤٦٦ ، ٤٦٧ مدنى) وينبنى على ذلك انه متى كان دفاع الطاعنين قد قام على أن عين الوقف الذى تم التبادل عليها الت الى ناظر الوقف تنفيذا لقانون انهاء الوقف على غير الخيرات رقم ١٨٠/١٩٥٢ ومن ثم يمتنع عليه التصرف طالما انه يلتزم بالضمان وكان هذا الدفاع ان صح يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم المطعون اذ اقام قضاءه على عدم جدوى البحث فى هذا الدفاع تأسيسا على بطلان عقد البدل بطلانا مطلقا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون خطأ حجبه عن تحقيق دفاع الطاعنين مما يستوجب نقضه .

نقض ٤٧٦/٢٥ ق (٦١/٤/١٣) س ١٢/٣٦١

□■□

(المبدأ ٣٥) : وكالة ناظر الوقف عن المستحقين . عدم امتدادها الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق .

وكالة ناظر الوقف عن المستحقين لا يمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق مما ينبنى عليه ان الحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف بصفته ممثلا للوقف ومنفذا لكتابه ماسا باستحقاق مستحقين لم يكونوا طرفا فى تلك الخصومة لا يلزم هؤلاء المستحقين ولا يعتبر حجة عليهم .

نقض ٤٨/٣١ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ١٧/١٩٩٦

□■□

(المبدأ ٣٦) : وكالة ناظر الوقف ــ حدودها .

وكالة ناظر الوقف عن المستحقين ، تقف عند المحافظة على حقهم فى الغلة وفى العناية بمصدر هذا الحق وهو الاعيان دون ان تمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق مما ينبنى عليه أن الحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف بصفته ممثلا للوقف ومنفذا لكتاب الواقف ماسا باستحقاق مستحقين لم يمثلوا باشخاصهم فى الخصومة لا يلزم هؤلاء المستحقين ، ولا يعتبر حجة عليهم ، بل يبقى لهم حق الاعتراض على ذلك القضاء بالطرق المقررة قانونا .

نقض ٥/٣٥ ق (٧٣/١/٣) س ٢٤/٢١

(المبدأ ٣٧) : وكالة ناظر الوقف عن المستحقين .

وكالة ناظر الوقف عن المستحقين — وعلى ما جرى به قضاء النقض تقف عند حد المحافظة على حقوقهم فى الغلة وفى العناية بمصدر هذا الحق وهو الاعيان دون ان تمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق .

نقض ٣٨/٢ ق (٧١/١٢/١) س ٩٦٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٣٨) : وكالة ناظر الوقف عن المستحقين فيه — وقوفها عند حد المحافظة على حقوقهم فى الغلة والعناية بأعيان الوقف .

وان كانت وكالة ناظر الوقف عن المستحقين فيه وفقا لأحكام القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء الوقف على غير الخيرات — وعلى ما جرى به قضاء النقض — اصبحت تقف عند حد المحافظة على حقوقهم فى الغلة والعناية بأعيانه ولا تمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق، وكان الحكم الذى يصدر بالاستحقاق فى الوقت ضد الناظر والحارس القانونى عليه ماسا باستحقاق مستحقين لم يمثلوا باشخاصهم فى الخصومة لا يلزم هؤلاء المستحقين ولا يعتبر حجة عليهم ، الا ان ذلك لا يمنع من توجيه الدعوى بالاستحقاق فى الوقف اليه بصفته مستحقا هو الاخر لا يمنع من قبولها عدم اختصام باقى المستحقين طالما ان الحكم الذى يصدر فيها لايلزمهم ولا يعتبر حجة عليهم ، فاذ كان الثابت فى الدعوى ان المطعون عليها اختصمت الطاعنين بصفتهما حارسين قانونيين ومستحقين فى الوقف وهى تتجه اليهما بهذه الصفة الاخيرة ، وقضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم قبولها لرفعها من غير ذى صفة « كامل صفة » ولعدم اختصام باقى المستحقين فانه يكون صحيحا فيما انتهى اليه من رفض الدفع .

نقض ٣٤/١١ ق (٦٦/١٢/٧) س ١٨١٨/١٧

□■□

(المبدأ ٣٩) : اقامة علاقة ظاهرة بين عقارين موقوفين . لناظر الوقف وحده حق اقامتها . علة ذلك .

من المقرر قانونا ان الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فلا يملكها احد من العباد . وناظر الوقف هو صاحب الولاية عليه المفوض فى القيام بمصالحه واستغلاله على أصلح وجه ، فانه وحده — فى نطاق هذه الولاية وعدم وجود مالك للوقف — الذى يمثل جهة الوقف ومصلحة كل من اعيانه فاذا اقتضى حسن استغلال وضع عقار من عقاراته فى خدمة عقار اخر

واقامة علاقة ظاهرة تدل على ذلك فان ناظر الوقف وحده هو الذى يملك اقامتها دون أن يكون فى ذلك تقرير لحق ارتفاق بل اقامة العلاقة بين العقارين تنشأ بها علاقة التبعية بينهما ، ويكون ذلك بمثابة التخصيص بين المالك للعقارين المنصوص عليه فى المادة ١٠١٧ من القانون المدنى .

نقض ٤٢١/٤٥ ق س ٢٩ ص ١٩٠٥

□■□

(المبدأ ٤٠) : وكالة ناظر الوقف . حدودها . الحكم ضد ناظر الوقف بصفته ممثلا له بما يمس استحقاق المستحقين الذين ليسوا طرفا فى الخصومة لا يعتبر حجة عليهم .

وكالة ناظر الوقف عن المستحقين ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ تقف عند حد المحافظة على حقهم فى الغلة وفى العناية بمصدر هذا الحق وهو الاعيان دون ان تمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق ، مما ينبنى عليه ان الحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف بصفته ممثلا للوقف ومنفذا لكتاب الواقف ماسا باستحقاق مستحقين لم يمثلوا باشخاصهم فى الخصومة لايلزم هؤلاء المستحقين ، ولا يعتبر حجة عليهم ، بل يبقى لهم حق الاعتراض على ذلك القضاء بالطرق المقررة قانونا .

نقض ٣٥/٥ (٧٣/١/٣) س ٢٤/٢١

□■□

(المبدأ ٤١) : المأذون بالخصومة عن الوقف . الاذن له بالسير فى الاستئناف . الطعن بالنقض غير مقبول منه لرفعه من غير ذى صفة .

المأذون بالخصومةعن الوقف غير مسلط عليه ، لان مهمته قاصرة على اتخاذ الاجراءات المأذون له فيها ،واذ كان هذا الطعن مرفوعا من المأذون بالخصومة الذى اقتصرت المحكمة المختصة على اذنه بالسير فى الاستئناف فانه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة .

نقض ٣٦/١٦ ق (٧٠/١١/٢٥) س ٢١/١١٥٧

□■□

(المبدأ ٤٢) : ناظر الوقف امين على مال الوقف ووكيل عن المستحقين . خضوع العلاقة بين ناظر الوقف والمستحق لاحكام الوكالة .

لما كانت العلاقة بين ناظر الوقف المستحق تخضع لاحكام الوكالة ولحكم المادة ٥٠ من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ التى تنص على انه يعتبر الناظر امينا

على مال الوقف ووكيلا عن المستحقين ـ والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم كما يسأل عن تقصيره اليسير اذا كان له اجر وذلك بالقدر الذى يرتبط بالمسئوليتين المدنية والجنائية وطالما انه لم يثبت تقصير ناظر الوقف فانه لا يصح ان يعدل عن عقود الايجار التى ابرمها واذ لم يبين الحكم المطعون فيه السند القانونى لقضائهبمسئولية ناظر الوقف عن اجر المثل ولم يحقق عناصر هذه المسئولية ولم يعرض ما اذا كان يعمل باجر او بغير اجر وما اذا كان قد ثبت تقصيره ومدى ذلك التقصير فان الحكم يكون قد أعجز بذلك محكمة النقض عن ممارسة وظيفتها فى مراقبة صحة تطبيقه للقانون مما يتعين نقضه .

نقض ٣٥/٨٤ ق (٦٩/٤/٢٢) س ٢٠/٦٥٦

□■□

(المبدأ ٤٣) : ضمان متولى الوقف الغبن الفاحش فى اجر عقار من عدمه .

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية فيما اذا كان متولى الوقف يضمن الغبن الفاحش اذا اجر عقار الوقف بأقل من اجر المثل او لا يضمن فقال بعض المتقدمين انه لا يضمنه وانما يلزم المستأجر اجر المثل ، وقال البعض من هؤلاء ان المتولى يلزمه تمام اجر المثل ، وذهب رأى ثالث الى ان المتولى يضمن نصفه ونصفه الاخر يضمنه المستأجر بينما ذهب غالبية المتأخرين الى أن المتولى يضمن الغبن الفاحش ولو كان متعمدا وعلى قول البعض عالما به لأن ذلك منه يكون جناية تستوجب عزله ، وهذا الرأى الاخير هو ما تأخذ به محكمة النقض ولو كان الناظر بغير أجر او يعتبر تأجيره اعيان الوقف بالغبن الفاحش وهو متعمد او عالم به تقصيرا جسيما فيسأل عنه دائما .

نقض ٣٤/٣٨٤ ق (٦٨/٤/٢٥) س ١٩/٨٧٦

□■□

(المبدأ ٤٤) : تقصير ناظر الوقف نحو اعيانه او غلاته ـ ضمان ما ينشأ عن تقصيره الجسيم ـ لا يسأل عن التقصير اليسير الا اذا كان له اجر على النظر .

المادة ٥٠ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ التى تحدد مسئولية ناظر الوقف تنص على انه « يعتبر الناظر امينا على مال الوقف ووكيلا عن المستحقين ... والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو اعيان

الوقف وغلاته وهو مسئول ايضا عن تقصيره اليسير اذا كان له اجر على النظر » ـ وحكم هذه المادة ان هو الا ترديد لحكم المادة ٥٢١ من القانون المدنى الملغى واعمال لحكم المادة ٧٠٤ من القانون المدنى القائم وهما المادتين اللتان تحددان مسئولية الوكيل بصفة عامة ـ ومفاد ذلك أن ناظر الوقف اذا قصر نحو اعيان الوقف او غلاته كان ضامنا دائما لما ينشأ عن تقصيره الجسيم اما ما ينشأ عن تقصيره اليسير فلا يضمنه الا اذا كان له اجر على النظر .

نقض ٣٤/٣٨٤ ق (٦٨/٤/٢٥) س ٨٧٥/١٩

□■□

(المبدأ ٤٥) : مسئولية ناظر الوقف عن ريع الحصة المتنازع عليها .

متى كان الاستحقاق فى الوقف متنازعا فيه فان مسئولية ناظر الوقف او غيره من المستحقين ـ عن ريع الحصة المتنازع عليها لا يكون الا من وقت أن يصبح سىء النية وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه بالاستحقاق ، واذ كان الحكم فيه قد خالف هذا النظر وقضى للمطعون عليها بالريع من تاريخ العمل بالقانون رقم ١٩٤٦/٤٨ فانه يكون قد خالف القانون وخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٤/١٠ ق (٦٦/١١/٧) س ١٨١٨/١٩

□■□

(المبدأ ٤٦) : شرط الوقف ـ تفسيره .

المقرر شرعا ان كلام الواقفين يجب ان يفهم فى ضوء العرف السائد خاصا كان هذا العرف او عاما ، وان عباراتهم يجب ان تحمل على المعنى الذى ترشد القرينة او العرف الى انهم ارادوه . والمراد بكلام الواقف مجموع كلامه بكتاب وقفه بحيث لا ينظر الى كلمة او عبارة بعينها بل الى مجموع الكلام كوحدة كاملة ، ويعمل بما يظهر انه أراده وان أدى ذلك الى الغاء بعض الكلمات او العبارات التى يتبين انه لم يرد مدلولها كتعطيل عموم النص او اطلاقه متى ظهر انه غير مراد ولا عبرة فى سبيل ذلك بان يوافق لغة العرب او لغة الشرع وهو ما اقره المشرع فى المادة العاشرة من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ . فاذا كان الحكم قد انتهى فى تفسيره لشرط الواقف تفسيرا سائغا يؤدى اليه مجمع عباراته ، ولا مخالفة فيه لغرض الواقف فان النعى فى خصوصه يكون فى غير محله .

نقض ٢٦/١٢ ق (٥٧/٦/١٣) س ٥٨٨/٨

(المبدأ ٤٧) : شرط الواقف ـ تفسيره .

متى كان الحكم المطعون فيه لم يخرج فى تفسيره عن شرط الواقف وفى تقصى المعنى الذى اراده منه عما يؤدى اليه مدلول عباراته وكان هذا التفسير مطابقا لما هو مقرر فى فقه الحنفية ولما قرره علماء الاصول من ان العام يحمل على التخصيص والتأويل ويجوز قصره على بعض افراده سواء اكد بمؤكد أم لم يؤكد ، وان مقتضى التخصيص وقوع الحكم من اول الامر على ما تناوله المخصص اذا ظهر ان هذا هو المراد من العام ولما قرره الاصوليون من الاحناف من ان التخصيص هو قصر العام على بعض افراده بكلام مستقل موصول فلا يعتبر الخاص مخصصا الا اذا كان متصلا ، اما المنفصل فيعتبر ناسخا عندهم وان كان مخصصا عند غيرهم ـ فانه لايسوغ العدول عن الاخذ بهذا التفسير الذى تمليه النصوص الفقهية والقواعد الاصولية والاوضاع اللغوية فرارا مما يؤدى اليه من التفرقة فى الحرمان والاعطاء بين متساويين من اولاد البطون وجعل بعض اولاد من اخرج منهم مستحقا مع حرمان اصله لان هذه التفرقة على فرض وجودها انما هى وليدة ارادة الواقفين فلا معقب لها .

نقض ٣١/٤٨ (٦٦/١٢/٢٩) س ١٩٩٩/١٧

□■□

(المبدأ ٤٨) : ـ غرض الواقف يصلح مخصصا لعموم كلامه ـ يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر أنه أراده .

غرض الواقف يصلح مخصصا لعموم كلامه ، وقد نصت المادة العاشرة من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ على أن يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر انه اراده ، واذن فمتى كان ظاهر انشاء الوقف وشروطه والتغييرات التى ادخلت عليه يدل على أن الواقف اراد أن يجعل من وقفه بعد وفاته اوقافا متعددة يستقل كل منها عن الآخر باعيانه والمستحقين فيه وبارادته والنظر عليه بحيث يكون ما هو موقوف على كل فريق من اولاده منقطع الصلة بما هو موقوف على الفريق الآخر ، كما يدل على انه اراد ان يباعد بين كل فريق منهم وأن يباعد كذلك بين بعض أفراد الفريق الواحد لاعتبارات رآها وقدر المصلحة فى التزامها ، فان عبارة « أصل ريع الوقف » و « من اهل هذا الوقف » التى وردت فى شرط العقيم ، وقول الواقف فيه « ومن مات عقيما انتقل نصيبه لأصل ريع الوقف ووزع على المستحقين الموجودين من أهل هذا الوقف كل بقدر نصيبه مضافا لما يستحقه » انما تنصرف الى الوقف الخاص بكل فريق من اولاده لا الى اهل الوقف العام

جميعه ، بحيث يعود نصيب العقيم فى كل فريق الى أصله غلة ما هو موقوف على فريقه وهى غلة « الحصة التى كان يستحق فيها » .

نقض ٣١/١٧ق (٦٤/٢/١٨) س ٢٤٥/١٥

□■□

(المبدأ ٤٩) : ـ وجوب النظر الى كتاب الوقف باعتباره وحدة متماسكة وتفهم المعنى الذى اراده الواقف من مجموع كلماته وعباراته .

تنص المادة العاشرة من القانون رقم ١٩٤٦/٦٨ الخاص باحكام الوقف على أن كلام الواقف يحمل على المعنى الذى أراده وان ولم يوافق القواعد اللغوية ـ وتطبيقا لهذه القاعدة التى وضعها المشرع وجعلها أساسا للحكم بالاستحقاق أن ينظر الحكم الى كتاب الوقف باعتباره وحدة متماسكة وان يتفهم المعنى الذى أراده الواقف من مجموع كلماته وعباراته على اعتبار انها جميعا تضافرت على الافصاح عن ذلك المعنى .

نقض ٢٩/ ٢٧ ق (٥٩/٣/١٩) س ٢٤٦/١٠

□■□

(المبدأ ٥٠) : ـ اطلاق الاستحقاق فى الوقف ينصرف الى غلة الوقف ومنافعه .

الاستحقاق فى الوقف متى اطلق فانه ينصرف الى استحقاق غلة الوقف ومنافعه يستوى فى ذلك ان يكون حصة أو سهما او مرتبا دائما او مؤقتا او منفعة ، ولم يرد فى نص القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ الخاص باحكام الوقف ما يشير الى ان المشرع حدد معنى « المستحق » بأنه من شرط له الواقف نصيبا فى الغلة دون صاحب السهم أو المرتب أو المنفعة ، ومن ثم يعتبر كل هؤلاء مستحقين وينطبق عليهم حكم المادة ٣ من القانون رقم ١٩٥٢/٣ بانهاء الوقف التى نصت على أنه يؤول الملك فيما ينتهى فيه الوقف للمستحقين الحاليين كل بقدر نصيبه فيه ـ والتى ورد فى المذكرة التفسيرية عنها أن المشرع قصد بكلمة المستحق كل من شرط له الواقف نصيبا فى الغلة أو سهما او مرتبا دائما او مؤقتا . واذ كانت المطعون عليها الأولى مشروطا لها السكنى فاعتبرها الحكم المطعون فيه صاحبة حق فى الغلة وبالتالى مستحقة فى الوقف فانه لا يكون قد اخطأ القانون . ولا يغير من هذا النظر ما يتمسك به الطاعن من أن كتاب الوقف لم يعتبرها موقوفا عليهما السكنى ذلك انه وقد أصبح للمشروط له السكنى بمقتضى المادة ٣١ من قانون حق الاستغلال فانه يعتبر موقوفا عليه وصاحب حق ونصيب فى المنفعة .

نقض ١٢/ ٢٧ ق (٥٩/٤/٢٠) س ٣٨٤/١٠

(المبدأ ٥١) : الوقف على معين بالاسم أو الوصف دون تحديد نصيب كل منهم .

اذا وقف الواقف على معينين بالاسم او الوصف ولم يحدد نصيب كلٍ منهم فان الاستحقاق بينهم يكون بالتساوى .

نقض ٢٧/١٢ ق (٣٩/٤/٣٠) س ٣٨٥/١٠

□■□

(المبدأ ٥٢) : الفورية ليست شرطا فى طلب الاستحقاق .

الفورية ليست شرطا فى طلب الاستحقاق بل يبقى المستحق على حقه فى المطالبة ما لم تمض المدة المانعة من سماع الدعوى به مع التمكن وعدم العذر .

نقض ٣٢/١١ ق (٦٦/٣/٩) س ٥١٩/١٧

□■□

(المبدأ ٥٣) : تفسير كتاب الوقف : وجوب اعتباره وحدة متماسكة.

اذا استخلص الحكم ان الترتيب ــ بين طبقات الموقوف عليهم ــ

اذا استخلص الحكم ان الترتيب ــ بين طبقات الموقوف عليهم ــ جملى ، اخذا بما هو مقرر تطبيقا للمادة العاشرة من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ من النظر الى كتاب الوقف باعتباره وحدة متماسكة بحيث يتفهم المعنى الذى اراده الواقف من مجموع كلماته وعباراته انها جميعا قد تضافرت على الانصاح عن ذلك المعنى ، وكان ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه فى تفسير كتاب الوقف لا تشوبه شائبة ، ولم تخرج المحكمة فيه وفى تقصى المعنى الذى اراده الواقف منه عما يؤدى اليه مدلول عبارته ، وجاء حكمها فى هذا الخصوص مطابقا للنصوص الفقهية والقواعد اللغوية ، فانها ليست ملزمة بتعقب حجج الخصوم واوجه دفاعهم والرد على كل منها استقلالا مادام قضاؤها يقوم على ما يحمله .

نقض ٣٨/٢٩ ق (٧٢/١١/٢٢) س ١٢٦٨/٢٣

□■□

(المبدأ ٥٤) : وجوب حمل كلام الواقف على المعنى الذى اراده وان لم يوافق القواعد اللغوية .

ــ طبقا للمادة العاشرة من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ ــ بشأن الوقف ــ

يحمل كلام الواقف على المعنى الذى يظهر انه اراده وان لم يوافق القواعد اللغوية .

نقض ٣٧/١٩ ق (٧١/٥/١٩) س ٦٤٤/٢٢

□■□

(المبدا ٥٥) : مؤدى نص المادة ١/٣٢ من القانون ١٩٤٦/٣٨

لما كانت الفقرة الاولى من المادة ٣٢ من القانون ١٩٦٤/٤٨ تنص على انه « اذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لا يحجب اصل فرع غيره ومن مات صرف ما استحقه او كان يستحقه الى فرعه » ـ فان مؤدى ذلك ان انتقال نصيب الاصل لفرعه وصرف ما استحقه او كان يستحقه لهذا الفرع منوط بأن يكون ثمت وقف على الذرية مرتب الطبقات مما يتعين معه ان تكون الطبقات من الذرية (أى بينهما توالد وتناسل) وان تكون جميعها موقوفا عليها وان يكون الفرع موقوفا عليه مثل الاصل وأن يكون تاليا له فى استحقاق ما وقف عليه بحيث لا يحجبه عن تناول هذا الاستحقاق الا وجود هذا الاصل ، فاذا كانت هذه الشروط غير متحققه فى الشرط موضوع المنازعة الراهنة لان نصيب العقيم الذى تفترض الطاعنة اعتباره وقفا مقصورا وقفه على الاخوة والاخرات ـ اما فروعهم (وهم اولادهم) ليسوا موقوفا عليهم ـ ولا يعتبرون تالين لاصولهم فى الاستحقاق بمقتضى الشرط اذ ورد فيه انه اذا لم يكن له اخوة ولا اخوات فلاقرب الطبقات اليه (اى الى العقيم) وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى انه لا مجال لاعمال حكم المادة ١/٣٢ فان النعى عليه بالخطأ فى القانون يكون على غير اساس .

نقض ٢٧/٤٤ ق (٦١/٦/٢٣) ٤٦١/١١

□■□

(المبدا ٥٦) : شرط الواقف بان نصيب العقيم ينتقل الى اخوته واخواته الموجودين على قيد الحياة عند وفاته دون من ماتوا قبله والتزام المحكمة فى تفسيره ما تضمنته المادة العاشرة من القانون ١٩٤٦/٤٨ .

اذا كانت محكمة الاستئناف قد فسرت الشرط المتنازع على تفسيره بأن نصيب العقيم ينتقل الى اخوته واخواته الموجودين على قيد الحياة عند وفاته دون من ماتوا قبله ، وكانت قد التزمت فى تفسيره المادة العاشرة من القانون ١٩٤٦/٤٨ من استظهار المعنى الذى اراده الواقف ـ مستعينة فى ذلك بعبارات الشرط المذكور وبمجموع ما ورد فى كتاب الوقف مبينة سندها

فى الاستخلاص ، وقد جاء حكمها فى خصوص تفسير الشرط المتنازع عليه مطابقا لما هو مقرر فى مذهب الحنفية «ولا يعرف فيه خلاف » من انه اذا جعل الواقف نصيب العقيم لاخوته واخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق ولم يقل ان من مات قبل الاستحقاق يستحق فرعه نصيبه يكون نصيب العقيم لاخوته واخواته الاحياء فقط اما الاموات عن ذرية فلا ينالون شيئا من نصيب العقيم ، فان النعى عليها الخطأ فى تفسيرها لشرط الواقف ومخالفتها بمنهجها فى التفسير ما يقضى به الواقع فى شأن كتاب الوقف ويفيده مدلول عبارة الشرط ويقرره الفقه ويقضى به نص المادة العاشرة من القانون ١٩٤٦/٤٨ يكون على غير أساس .

نقض ٢٧/٤٤ ق (٦٠/٦/٢٣) س ٤٦٢/١١

□■□

(المبدأ ٥٧) : الترتيب بين طبقات الموقوف عليهم من الذرية .

مراد الشارع من نص المادتين ١/٣٢ ، ٥٨ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ – وعلى ما جرى به قضاء النقض – ان يجعل الترتيب بين طبقات الموقوف عليهم من الذرية ترتيبا افراديا ، ما لم ينص الواقف على انه قد رتب بينها ترتيبا جمليا ، واذا كان الثابت فى الدعوى ان نص الواقف فى كتاب وقفه ظاهر الدلالة على انه اراد ان يجعل الترتيب بين طبقات الموقوف عليهم ترتيبا جمليا لا يحتمل فقد تعين القول بانه لا تطبق فى شأنه ٣٢ من قانون الوقف .

نقض ٨٣/٢٩ ق (٧٢/١٢/٢٢) س ١٢٦٧/٢٣

□■□

(المبدأ ٥٨) : احكام قانون الوقف ١٩٤٦/٤٨ تطبق على جميع الاوقاف الصادرة قبل العمل به . عدا ما استثنى بنص صريح .

النص فى المادة ٥٦ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ على أن « تطبق احكام هذا القانون على جميع الاوقاف الصادرة قبل العمل به عدا ... » يدل على ان المشرع وضع قاعدة عامة مفادها ان تطبق احكام قانون الوقف على جميع الاوقاف الصادرة قبل العمل به عدا الاستثناءات التى اوردها ومقتضى هذا النص ان تطبق هذه الاحكام على الحوادث السابقة الا ما استثنى بنص صريح ، لان تطبيق الاحكام المذكورة على الاوقاف ليس له معنى الا تطبيقها على الحوادث المتعلقة بها ، يؤكد هذا النظر ان الاستثناءات الواردة بالمواد ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٠ تتعلق جميعها بالحوادث السابقة ، ولما

كانت الفقرة الاولى من المادة ٣٢ من هـذا القانون ـ بشـأن الوقف مرتب الطبقات ـ لم ترد ضمن الاستثناءات التى نص عليها المشرع ، فانها تكون واجبة التطبيق على الحوادث السابقة على صدور القانون المذكور، واذ كان ظاهر انشاء الوقف وشروطه يدل على انه مرتب الطبقات ترتيبا افراديا ، فان الحكم المطعون فيه ، اذ استند الى المادة سالفة الذكر ، لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

٣٨/٩ ق (٧٢/٢/٢٣)　　　　س ٢٤٨/٢٣

□■□

(المبدأ ٥٩) : المادة ٣٢ ق ١٩٤٦/٤٨ ، مرادها .

المادة ٣٢ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ، بشان الوقف ، مراد الشارع منها وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ هو ان يقـوم الفرع مقام اصـله ،شرط الواقف قيـامه أو لم يشرطه ، بحيث لا يحجب أصل فرع غـيره ، اذ هى لا ترد الا على الاستحقاق ـ الأصلى والايل ـ الذى تناوله المستحق بالفعل

نقض ٣٧/٢١ ق (٧٢/٢/٢٣)　　　　س ٢٤١/٢٣

□■□

(المبدأ ٦٠) : حق المستحق فى الوقف حق عينى فى الانتفاع باعيان الوقف .

ان حق المستحق فى الوقف ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ حق عينى فى الانتفاع بأعيان الوقف يضع المستحق اليد عليه بواسطة ناظر الوقف وله الحق فى تملك ما يقبضـه من ثمار متى كان حسن النية .

نقض ٣٢/٩٩ ق (٦٨/١/٩)　　　　س ١٤/١٩

□■□

(المبدأ ٦١) : المستحق فى الوقف هو كل من شرط له الواقف نصيبا فى الغلة او سهما او مرتبا دائما او مؤقتا . الحكم بمعاش فى صورة مرتب شهرى لمدى الحياة

من المقرر شرعا ان المسـتحق فى الوقف هو كل من شرط له الواقف نصيبا فى الغلة او سهما او مرتبا دائما او مؤقتا . واذ كان الثابت من الحكم القاضى بالزام المطعون عليها بان تدفع لمورث الطاعنين معاشا شـهريا مدى حياته من وقت تركه الخدمة فى الوقف ، فان الوارث يستحق المعاش الذى يطلبـه عملا بصريح شرط الواقف بكتـاب وقفه ، فان المعاش المحـكوم به

للمورث المذكور ـ وان كان فى صورة مرتب شهرى معين المقدار يعتبر استحقاقا فى الوقف فلا يتقادم الحق فيه الا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق .

نقض ٢٩/١٤٠ ق (٦٤/١/١٦) س ٩٢/١٥

□■□

(المبدأ ٦٢) : انشاء الوقف ـ دلالته على انه مرتب الطبقات ترتيبا افراديا .

اذا كان ظاهر انشاء الوقف يدل على ان الوقف مرتب الطبقات ترتيبا افراديا فان لازم ذلك ومقتضاه ان يكون استحقاق الفرع بعد اصله استحقاقا اصليا لا ينتزع منه ولا وجه معه لنقض القسمة .

نقض ٣٧/١٩ ق (٧١/٥/١٩) س ٦٤٤/٢٢

□■□

(المبدأ ٦٣) : شرط الواقف ان من مات قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء منه قام ولده او ولد ولده فى مقامه فى الدرجة والاستحقاق واستحق ما كان اصله يستحقه ان كان الاصل حيا ـ نطاقه .

شرط الوقف « ان من مات قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء منه قام ولده او ولد ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق واستحق ما كان أصله يستحقه ان كان الاصل حيا » يقتصر نطاقه على ولد من مات قبل والده مقامه فى الاستحقاق من جده لا فى الاستحقاق من عمه او عمته ونحوهما ممن هو فى درجة والده المتوفى قبل الاستحقاق ، وبالتالى يقتصر اثره على استحقاقه لنصيب والده من ابيه لا يتعداه الى من مات من اخوة والده من غير ولد بعد موته بل ذلك انما يكون للاخوة الاحياء .

نقض ٣١/١ ق (٦٦/٥/١٤) س ٩٨٥/١٧

□■□

(المبدأ ٦٤) : شرط الواقف تخصيص مبالغ معينة من ريع الوقف تصرف لاحفاده نظير قيام كل بمباشرة شأن من شئون الوقف ومن بعدهم لأولادهم ـ اعتبار هذه المبالغ استحقاقا لهم لا اجر نظر .

اذا استظهرت محكمة الموضوع من شرط الواقف تخصيص مبالغ معينة من ريع الوقف تصرف لاحفاده نظير قيام كل منهم بمباشرة شأن من شئون الوقف ومن بعدهم لاولادهم ، ان هذه المبالغ تعتبر استحقاقا لهم

لا اجر نظر وان وردت فى صورة مرتبات نظير مباشرة شئون الوقف واستدلت فى تكييفها لمدلول الشرط بتسلسل الاستحقاق فى الموقوف عليهم واولادهم وذريتهم لحين انقراضهم اجمعين ، فان التكييف القانونى صحيح تسانده عبارات الواقف ولا خروج فيه عن المعنى المستفاد .

نقض ٣٠/١٤ ق (٦٣/٦/١٩) س ٨٥٢/١٤

□■□

(المبدأ ٦٥) : اعسار الموقوف عليه كشرط للاستحقاق فى الوقف ، وجوب تحقق هذا الشرط فى تاريخ العمل بالقانون ١٩٥٢/١٨٠

متى كان الواقف قد اشترط لاستحقاق بناته فى الوقف ان يكن معسرات بانفسهم او بازواجهن فانه يتعين على المحكمة ان تحقق هذا الشرط فيمن تطلب الاستحقاق من بناته وقت العمل بالقانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بانهاء الوقف على غير الخيرات اذ انه بغير التحقيق لا يتأتى القول بعدم شرط الاستحقاق فيها .

نقض ٣١/٣٩ ق (٦٣/١٠/٣٠) س ٩٩٩/١٤

□■□

(المبدأ ٦٦) : شرط الواقف مرتبا شهريا مؤقتا بحياة المشروط له ، يعد استحقاقا فى غلة الوقف .

متى شرط الواقف فى وقفه مرتبا شهريا لذوى قرباه معين المقدار ومؤقتا بحياة المشروط لهم قاصدا بذلك التيسير عليهم وتجنيبهم مشقة المحاسبة ، فان المرتب بهذا الوصف يعد استحقاقا فى غلة الوقف لا يفترق عن حقوق اصحاب السهام .

نقض ٢٨/٣٥ ق (٦٢/٢/٧) س ١٨٧/١٣

□■□

(المبدأ ٦٧) : اذا شرط الواقف صرف ريع الاطيان الموقوفة على محل « الضيافة » بشروط معينة ـ استحقاق ياخذ حكم الاستحقاق الاهلى فى ريع الوقف .

متى كان الواقف قد خصص جانبا من الاطيان الموقوفة للصرف على « محل الضيافة » بشروط عينها ومنها ان فائض الريع ـ بعد الصرف ـ يقسم على اولاده مضافا الى ما يستحقون ، فانه بذلك يكون قد اراد ان

يجعل فائض هذا الريع استحقاقا لهم يأخذ حكم الاستحقاق الاهلى فى ريع الوقف .

نقض ٢٩/٢٦ ق (٦٢/٢/٧) س ١٩٢/١٣

□■□

(المبدأ ٦٨) : يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وان خالفت كتاب الوقف وذلك فى حق المقر خاصة .

يعمل بالمصادقة على الاستحقاق فى الوقف وان خالفت كتاب الوقف وذلك فى حق المقر خاصة ، ويرد هذا الاقرار الى الواقف نفسه فيعتبر كأنه استحقاق بشرط الواقف ، ولا وجه للتفريق بين المستحق بشرط الواقف أو باقرار مستحق آخر فى حكم القانون ١٩٥٢/١٨٠ . فاذا كان الثابت من وقائع الدعوى ان كلا من المقرين والمقر لهما كانوا على قيد الحياة عند صدور هذا القانون فيكون الاخيران مستحقين للحصة المقر لهما بها . ولا محل للقول بوجوب قصر الاستحقاق على القلة وحدها دون اعتبار المقر لهما مستحقين فى الوقف استحقاقا عاديا . كما انه لا محل للتحدى بالمادة ٢٠ من القانون ١٩٤٦/٤٨ بأحكام الوقف والتى تقضى بابطال اقرار الموقوف عليه لغيره بكل او بعض استحقاقه لانها لا تسرى على الماضى طبقا لنص المادة ٥٧ منه .

نقض ٣١/٢١ ق (٦٣/٦/١٩) س ٨٦٦/١٤

□■□

(المبدأ ٦٩) : حرية القاضى فى فهم غرض الواقف من عباراته دون التقيد بالقواعد اللغوية ، مشروطة بعدم الخروج عن المعنى الظاهر الى اخر غير سائغ .

اطلقت المادة العاشرة من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ للقاضى حرية فهم غرض الواقف من عبارته دون التقيد بالقواعد اللغوية الا ان هذا الحق مقيد بعدم الخروج فى هذا الفهم لشرط الواقف عن معناه الظاهر الى معنى اخر غير سائغ .

نقض ٢٧/٣٠ ق (٥٩/٣/٥) س ٢١٤/١٠

□■□

(المبدأ ٧٠) : شرط الواقف ان من مات قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء منه ، قام ولده او ولد مقامه فى الدرجة والاستحقاق ـ نطاقه ـ اثره .

جمهور الفقهاء – والمحققون من الحنفية – على ان شرط الواقف « ان من مات قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء منه ، قام ولده او ولد ولده مقامة فى الدرجة والاستحقاق ، يستحق ما كان اصله يستحقه لو كان الاصل حيا » – انما يقتصر نطاقه – وعلى ما جرى به قضاء النقض – على قيام ولد من مات قبل والده مقامه فى الاستحقاق من جده ، لا فى الاستحقاق من عمه او عمته او نحوهما ممن هو فى درجة والده المتوفى قبل الاستحقاق وبالتالى يقتصر أثره على استحقاقه لنصيب والده من ابيه ، لا يتعداه الى من مات من اخوة والده من غير ولد بعد موته ، بل ذلك انما يكون للاخوة الاحياء .

نقض ٢١/٢٧ ق (٧٢/٢/٢٣)　　　　س ٢٣/٢٤٠

□■□

(المبدأ ٧١) : شرط الواقف ان من مات قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء منه قام ولده أو ولده مقامه فى الدرجة والاستحقاق .

شرط الواقف « ان من مات من الذرية المذكورين قبل دخوله فى هذا الوقف واستحقاقه لشىء منه وترك ولدا او ولد ولد او اسفل من ذلك قام ولده او ولد ولده وان سفل مقامه فى الدرجة والاستحقاق واستحق ما كان أصله يستحقه ان لو كان الاصل المتوفى حيا باقيا لا يستحق ذلك » يقتصر نطاقه وعلى ما جرى به قضاء النقض – على قيام ولد من مات قبل والده مقامه فى الاستحقاق من جده لا فى الاستحقاق من عمه أو عمته أو نحوهما ممن هو فى درجة والده المتوفى قبل الاستحقاق ، وبالتالى يقتصر أثره على استحقاقه لنصيب والده من أبيه ولا يتعداه الى من مات من أخوة والده من غير ولد بعد موته بل ذلك انما يكون للاخوة الاحياء .

نقض ٣٠/٢١ ق (٦٦/١٢/١٤)　　　　س ١٧/١٩٠١

□■□

(المبدأ ٧٢) : استعمال المشرع لفظ الحصة فى المادة ١/٣٣ من قانون الوقف ١٩٤٦/٤٨ بمعنى الموقوف .

تنص الفقرة الاولى من المادة ٣٣ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ على انه « واذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه الى غلة الحصة التى كان يستحق فيها » ولفظ الحصة استعمله المشرع فى هذه الفقرة بمعنى الموقوف وهو ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية لهذا القانون .

نقض ١/٢٩ ق (٦١/١/٦)　　　　س ١٢ ص ١٤٥

(المبدأ ٧٣) : شرط الانقراض .

اذا كان يبين من كتاب الوقف ان الواقفة جعلت وقفها من بعد وفاتها على معتوقتها ثم من بعدها على ذريتها وذرية ذريتها طبقة بعد طبقة الطبقة العليا منها تحجب الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها بحيث يحجب كل اصل فرعه دون فرع غيره يستقل به الواحد منهم اذا انفرد ويشترك فيه الاثنان فما فوقهما عند الاجتماع على ان من مات منهم وترك ولدا او ولد ولد او اسفل من ذلك انتقل نصيبه اليه واستحق ما كان يستحقه اصله لو كان حيا « فاذا انقرضوا جميعا باسرهم وابادهم الموت عن اخرهم » كان ذلك وقفا على جهات البر التى عينتها الواقفة واذا توفيت معتوقتها اثناء حياتها فقد غيرت الواقفة فى وقفها بما لها من الشروط العشرة، وكان التغيير قاصرا على تعيين الموقوف عليهم من بعدها فجعلته من بعد وفاتها وقفا على معاون سرايها وعلى معتوقة اخرى بالسوية بينهما لكل منهما النصف فيه ثم من بعد كل واحد منهما تكون حصته المذكورة وقفا على اولاده وذريته على النص والترتيب المشروحين بكتاب الوقف الى حين انقراضهم جميعا » كان ذلك وقفا على جهات البر المعينة فى الكتاب المذكور ــ ونصت فى اشهاد التغيير على ان باقى وقفها المذكور على حالة لم تغير منه شيئا سوى ما ذكر باشهادها ولما كانت الواقفة قد جعلت وقفها بعد التغيير من بعد وفاتها على اثنين معينين بأسمائهما وجعلت حصة كل منهما من بعده وقفا على اولاده وذريته وقفا مرتب الطبقات وادت هذا الانشاء بعبارة واحدة وعقدة واحدة تناولت جميع الموقوف عليهم من جميع الطبقات وفى كل طبقة من طبقات الحصتين ، وبعد ان فرغت من كل هذا جاءت فى اعقابه بشرط الانقراض الذى يتحقق به استحقاق جهات البر التى عينتها ولم تورد هذا الشرط فى انشاء خاص بكل حصة على حدة حتى كان يجوز القول بانها عينت لكل حصة على استقلال مصرفها بعد انقراض اهلها وان كان للحصة الاخرى مستحقون ــ لما كان ذلك وكانت العبارة التى عبرت بها الواقفة عن الانقراض وهى « فاذا انقرضوا جميعا » من العموم والشمول بحيث تستغرق جميع الموقوف عليهم من اهل الحصتين وقد خلا كتاب الوقف واشهاد التغيير مما يفيد تخصيصها بفئة من المستحقين دون فئة اخرى ــ فان مؤدى ذلك ان يكون استحقاق جهات البر التى عينتها الواقفة مشروطا بانقراض جميع المستحقين من اهل الحصتين لان الواقفة لم تقف على تلك الجهات الا بعد انقراض هؤلاء جميعا فلا يخرج شىء من الريع عنهم اليها ما بقى احد منهم حيا .

نقض ٢٩/١ ق (٦١/٢/٩) — س ١٢/١٤٤

□■□

(المبدأ ٧٤) : المقصـــود بالنص المخالف فى معنى المادة ٥٨ من قانون الوقف هو النص الصريح الذى يدل على ارادة الواقف دلالة قطعية .

المقصـــود بالنص المخـــالف فى معنى المادة ٥٨ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ هـــو النص الصريح الذى يدل على ارادة الواقف دلالة قطعيـــة لا يتطرق اليها الاحتمال فلا يتناول اللفظ اذا كان فى دلالته على المعنى خفاء لاى سبب كان .

نقض ٣٩/١ ق (٦١/٢/٩) س ١٤٥/١٢

□■□

(المبدأ ٧٥) : دعوى الاستحقاق فى الوقف لا تقبل الا من ذى شـــان له صلة بالوقف . التعرض لموضوع الاســـتحقاق قبل تحقيق هـــذه الصلة والتحقق منها ــ خطا .

دعوى الاستحقاق فى الوقف لا تقبل الا من ذى شان له صلة بالوقف هو ومن يدعى انه تلقى الاستحقاق عنه بحيث لا يكون لقاضى الدعوى ان يعرض لموضوع هذا الاستحقاق او ان يمهد لقضائه فيه قبل تحقيق هذه الصلة والتحقق منها . واذ كان الثابت فى الدعوى ان الطاعنين انكروا صلة المطعون عليهم بالوقف وبمن يدعون انهم تلقوا الاستحقاق عنه ، وكان الحكم المطعون فيه قد تخلى عن تحقيق هذه الصلة واحال النظر فيها الى محكمة اول درجة بعد ان كانت قد اســـتنفدت ولايتهـــا على الدعـــوى بالحكم فى موضوعها وعرض ــ مع ذلك ــ لموضوع الاستحقاق ومهد للقضاء فيه بقوله ان الوقف مرتب الطبقات ترتيبا افراديا وان من مات صرف ما استحقه او كان يستحقه الى فرعه وفقا للمادة ٣٢ من قانون الوقف ورتب على ذلك ان الدعوى تكون مسموعة شرعا ومقبولة قانونا ولا مانع من السير فيها لاثبات انهم من ذرية الموقوف عليها فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٣/١١ ق (٦٥/٦/٣٠) س ٨٥٨/١٧

□■□

(المبدأ ٧٦) : الاســـتحقاق الواجب فى الوقف يكون لورثة الواقف الموجودين عند وفاته المشار اليهم بالمادة ٢٤ ق ١٩٤٦/٤٨ .

مؤدى نص المادتين ١/٢٤ ، ٣٠ من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ ــ بشان الوقف ــ ان الاستحقاق الواجب فى الوقف يكون لورثة الواقف الموجودين عند وفاته من والديه وزوجته او ازواجه وذريته الى موته ، ثم لذرية هؤلاء الورثة بشرط ان يبقى الاستحقاق واجبا لاصـــل كل ذرية الى موته ، ولا

يثبت استحقاق ذرية كل وارث لما هو مستحق له الا من بعده اى بعد وفاته ولهذا فالمحروم بغير حق من ذرية الورثة لا يكون متمكنا من الدعوى الا فى الوقف الذى يثبت له فيه الاستحقاق ، وهو وقت وفاة اصله المستحق ان كان هذا المحروم موجودا اذ ذاك او وقت وجوده بعد موته ان لم يكن موجودا حين موت اصله او الوقت الذى يسقط فيه حق اصله ان كان محروما بغير حق لرضاه الصريح او الضمنى ، واذ جرى الحكم المطعون فيه فى قضائه على ان مدة السنتين المحددة لرفع الدعوى بالنسبة للمطعون عليها الثالثة — المحرومة من الاستحقاق — لا تحتسب من وقت وفاة الواقف ، بل من وقت تمكنها من الدعوى وهو الوقت الذى يثبت لها فيه الاستحقاق بوفاة والدها فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح .

نقض ١٨/١٤ ق (٧٢/٢/١٠) س ٢٨٧/٢٣

□■□

(المبدأ ٧٧) : الاستحقاق فى الوقف متى اطلق ينصرف الى استحقاق غلة الوقف ومنافعة .

الاستحقاق فى الوقف متى اطلق فانه — وعلى ما جرى به قضاء النقض ينصرف الى استحقاق غلة الوقف ومنافعه ، يستوى فى ذلك ان يكون نصيب المستحق حصة او سهما مرتبا او منفعة ، ويعتبر كل هؤلاء مستحقين وينطبق عليهم حكم المادة الثالثة من القانون ١٩٥٢/١٨٠ بانهاء الوقف التى نصت على انه يؤول الملك فيما ينتهى فيه الوقف للمستحقين الحاليين كل بقدر نصيبه فيه .

نقض ٣١/١٠ ق (٧٢/٧/١٢) س ١١٧٦/٢٣

□■□

(المبدأ ٧٨) : الاستحقاق الثابت بيقين لا يرتفع بظن او شك او احتمال ولكن بيقين مثله .

من المقرر شرعا ان ما يثبت بيقين لا يرفعه ظن ولاشك ولا احتمال ولا يرتفع الا بيقين مثله ، واذا دار الامر بين الاعطاء والحرمان رجح جانب الاعطاء ومن ثم فانه اذا كان استحقاق المطعون ضدهم فى الوقف ثابتا يقينا بمقتضى كتاب الوقف الاصلى حسب انشائه وشروطه وكان اخراجهم من الاستحقاق بمقتضى اشهاد التغيير ليس يقينا على احسن الفروض بالنسبة للطاعنين فانه لا يرتفع به الثابت بيقين وهو استحقاق المطعون ضدهم .

نقض ٣١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ٢٠٠٠/١٧

(المبدا ٧٩) : ايلولة الاستحقاق فى الوقف الى المستحق عن الواقف ـ أثـره .

لمـا كان الاستحقـاق فى الوقف يؤول الى المستحق عن الواقف فان الحكم الصادر فى دعوى الاستحقاق او فى تفسير شرط الواقف لا يعتبر حجة الا على من كان طرفا فى تلك الدعوى ذلك ان الأصل فى حجية الأحكام انهـا نسبية لا يضار منها ولا يفيد غير الخصوم الذين كانوا طرفا فيها .

نقض ٢١/٤٨ ق (٦٦/١٢/٢٩) س ١٩٦٨/١٧

□■□

(المبدا ٨٠) اعتبار الشارع الترتيب بين الطبقات الموقوف عليها من الذرية ترتيبا افراديا اذا لم ينص الواقف على الترتيب الجملى .

تنص المـادة ٣٢ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ على انه « اذا كان الوقف على الذرية مرتب الطبقات لا يحجب أصل فرع غيره ومن مات صرف ما يستحقه او كان يستحقه الى فرعه » كما تنص المادة ٥٨ من هذا القانون على عدم تطبيق المواد ٣٢ الى ٣٥ اذا كان فى كتاب الوقف نص يخـالفها . هذا التلازم بين النصين يدل على ان الشـارع اراد ان يجعل الترتيب بين طبقا الموقوف عليهم من الذرية ترتيبا افراديا ما لم ينص الواقف على انه قد رتب بينهـا ترتيبا جمليا ـ واذ كان الثـابت فى الدعوى ان الواقف نص فى كتاب وقفه على انه لا يستحق بطن انزل مع وجود واحد من البطن العليا بل تحجب الطبقـة الاولى منهم الطبقة السفلى ومن مات منهم بغير نسـل تكون حصته الطبقة العليا ، وهو ظاهر الدلالة على انه أراد أن يجعل الترتيب بين الطبقات الموقوف عليهم ترتيبا جمليا لا يحتمل ، فانه لا تطبق فى شأنه احكام المادة ٣٢ من قانون الوقف .

نقض ٣١/٢٦ (٦٥/١٢/٢٩) س ١٣٦٢/١٦

□■□

(المبدا ٨١) : التسوية بين اولاد الواقف لصلبه واولاد ابنه لصلبـه ذكورا واناثا فى الاستحقاق لكل منهم بنصيبين .

متى كان الواقف قد أنشأ وقفه « على نفسه ايام حياته ثم من بعـده فالنصف اثنى عشر قيراطا بعد الخيرات يكون وقفا على اولاده ذكورا واناثا ما عدا ابنته فاطمة الكبيرة وعلى ان اولاده لصلبه ما عدا فاطمـة ، الذكور والانثى منهم فى ذلك سواء ، وأن اولاد ابنه لصلبه الذكور والاناث كل واحد منهم بنصيبين فان تزوجت بنت ولده الأنثى واعقبت ذرية يكون لذريتهـا

نصيب و احد سواء أكانوا ذكورا او اناثا . وكل من كان من ذرية الذكور سواء أكان ذكرا أو انثى فله نصيبان ، وان الانثى من اولاد الذكور اذا تزوجت واعقبت ذرية فلذريتها نصيب واحد سواء كانوا ذكورا او اناثا وان الانثى من اولاده لصلبه اذا تزوجت واعقبت ذرية يكون لذريتها نصيب واحد أيضا سواء كانوا ذكورا أو اناثا ينتفع كل منم بحصته من ذلك على الحكم المذكور . ثم من بعد كل منهم تكون حصته من ذلك وقفا على أولاده ثم على أولاد اولاده ثم على أولاد أولاد أولادهم ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل الطبقة العليا منهم تحجب الطبقة السفلى من نفسها دون غيرها بحيث يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ويستقل الواحد منهم اذا انفرد ويشترك فيه الاثنان عند الاجتماع على ان من مات منهم وترك ولدا أو ولد ولد أو أسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك لولده او ولد ولده وان سفل فان لم يكن له ولد ولا ولد ولد ولا اسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك لمن هو فى درجته وذوى طبقته مضافا لما يستحقونه من ذلك فان لم يوجد احد من اهل درجته وذوى طبقته يكون ذلك لاقرب الطبقات للمتوفى من اهل هذا الوقف الموقوف عليهم يتداولون ذلك بينهم كذلك الى حين انقراضهم اجمعين » فان ظاهر هذا الانشاء يدل على ان الواقف قد سوى فى الاستحقاق بين اولاد ابنه لصلبه ذكورا واناثا لكل منهم نصيبان مما هو موقوف عليهم ، وجعل استحقاق الانثى من اولاد الذكور ينتقل نصفه الى اولادها ذكورا واناثا ، واذ كان الثابت ان والدة المطعون عليها هى بنت ابن الواقف وبوفاتها ينتقل استحقاقها لاولادها . وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن استحقاقها ينتقل كله لا نصفه الى اولادها ـ وهى انثى من اولاد الذكور ـ فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيق .

نقض ٣٢/٢٤ ق (٦٥/٥/١٩) س ٥٨٨/١٦

□■□

(المبدأ ٨٢) : نصيب العقيم ـ حكمه فى المادة ٣٣ لا المادة ٣٢ من القانون ١٩٤٦/٤٨ .

نص المادة ٣٢ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ، لا شان له بنصيب العقيم بل تحكمه المادة ٣٣ من القانون ، وهو ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية بقولها « اما من يموت من غير ولد فحكم نصيبه مبين فى المادة ٣٣ » ووفقا لنص المادة ٥٨ من القانون نفسه لا تطبق احكام المواد ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ اذا كان فى كتاب الوقف نص يخالفها .

نقض ٣٨/٢١ ق (٧٢/٢/٢٣) س ٢٤١/٢٣

(المبدا ٨٣) : زيادة غلة الوقف عما سمى لكل مستحق .

فقه الاحناف ـ طبقا لما جرى به قضاء النقض ـ على أنه لو جعل الواقف وقفه على جماعة سماهم وسمى لكل انسان شيئا معلوما ، فزادت الغلة اعطى كل الباقى الى الفقراء ماداموا موجودين .

نقض ٣١/١٠ ق (٧٢/٧/١٢) س ١١٧٧/٢٣

□■□

(المبدا ٨٤) : الاصل فى الوقف القسمة بالسوية الا اذا اشترط التفاضل او قامت قرينة تدل عليه .

المختار عند الحنفية ان الاصل فى الوقف القسمة بالسوية الا اذا اشترط التفاضل او قامت قرينة تدل عليه ، فان اشترط فى طبقة ولم يشترط فى غيرها ، ولم تقم قرينة تدل عليه يبقى الاصل مطلقا وتكون القسمة بالسوية اذا كان انشاء الوقف يدل على أن الواقف شرط التفاضل بين الذكر والانثى فى افراد الطبقة الاولى فقط وسكت عنه بالنسبة لغيرهم من الطبقات فيرجع الى الاصل ويقسم انريع بينهم بالسوية بين الذكر والانثى فيما عدا الطبقة الاولى ولا يعدل عن هذا الاصل لقول الواقف فى نهاية الانشاء « يتداولون ذلك بينم كذلك » او قوله « على النص والترتيب المشروحين اعلاه » لان المفهوم من ايراد الواقف هاتين العبارتين فى نهاية الانشاء ان الواقف اراد بهما مجرد الترتيب بين طبقات المستحقين .

نقض ٢٧/٢٢ ق (٧١/٥/١٩) س ٦٥٢/٢٢

□■□

(المبدا ٨٥) : وقف حق الانتفاع ـ سريان احكام الشريعة الاسلامية عليه .

متى كان العقد المترتب عليه حق الانتفاع هو عقد وقف فان احكام الشريعة الاسلامية هى التى تجرى فى شانه وتطبق عليه من جهة تعيين مدى حقوق المستحقين فيه وما يكون لهم من التصرف فى اعيانه وما لا يكون . ومقتضى الشريعة الاسلامية أن الاستحقاق فى الوقت منوط بطلوع الغلة وهو الوقت الذى ينعقد فيه الحب أو يؤمن فيه على الثمر من العاهة واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه لا يكون قد خالف القانون او اخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٠/٢٦٤ ق (٦٥/١٢/٢٩) س ١٣٥٨/١٦

(المبدأ ٨٦) : سكوت الواقف عن النص على التفاضل فى انتقال نصيب من يموت من اولاده عقيما لا يدل على انه اراد ان يغاير بينه وبين الاستحقاق الاصلى .

متى كان الواقف قد انشأ وقفه على نفسه مدى حياته ثم من بعده جعل ثلاثة قراريط مناصفة لكل من زوجته ومطلقته والباقى لجميع أولاده للذكر منهم مثل حظ الانثيين ثم ان من مات من اولاده ذكرا كان او انثى او ممن سيحدث الله له من الاولاد انتقل نصيبه لاولاده ذكورا واناثا حسب ما نص بهذا الاشهاد فان لم يكن لهاولاد فلاولاد اولاده وان سفل فان لم يكن له اولاد ولا اولاد اولاد وان سفل انتقل ما كان يستحقه لجميع اولاد المشهد الواقف المذكور ذكورا اواناثا مضافا لما يستحقونه ، وهكذا طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل يتداولون ذلك بينهم الى حين انقراضهم اجمعين وشرط فى وقفه شروطا منها انه « اذا مات احد اولاد الموقوف عليهم المذكورين قبل دخوله فى الوقف انتقل نصيبه لذريته ذكورا واناثا فان لم يكن فلاولاد اولادهم وان سفل حسب النص والترتيب المشروحين » وبموجب اشهاد التغيير الملحق به جعل الثلاثة قراريط الموقوفة علىزوجته ومطلقته وقفا على زوجته ومن بعدها لمن يوجد من اولاده منها ومنزوجته الاخرى المتوفاةللذكر مثل حظ الانثيين ــ فان ظاهر هذا الانشاء يدل على ان الواقف اراد انيجعل الاستحقاق من بعده على التفاضل للذكر مثل حظ الانثيين يستوى فى ذلك الاستحقاق الاصلى والآيل وسكوت الواقف عن النصعلى التفاضل فىانتقال نصيب من يموت من أولاده عقيما لا يدل على انه اراد ان يغاير بينه وبين الاستحقاق الاصلى .

نقض ٣١/٤٤ ق (٦٥/١/٢٧) س ١٦/١٠٠

□■□

(المبدأ ٨٧) : الدعوى بطلب تفسير شرط الواقف ــ لا تقبل الا من ذى شان من اهل الوقف .

الدعوى بطلب تفسير شرط الواقف لا تقبل الا من ذى شان من اهل الوقف مستحقا كان او موقوفا عليه لم تات نوبته فى الاستحقاق بعد ، وهى تفترض فيمن يطلب تفسير الشرط ثبوت صلته بالوقف وبمن تلقى ــ أو عساه ان يتلقى ــ الاستحقاق عنه او وجوب اثبات هذه الصلة عند الانكار

نقض ٣٣/٨ ق (٦٥/٦/٣٠) س ١٦/٨٤٩

□■□

(المبدأ ٨٨) : نصيب العقيم . عودته لمن يكون فى طبقتـه او اقرب الطبقات اليه . المراد بالطبقة . المادة ٣٣ من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ .

النص فى المادة ٣٣ من قانون الـوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ على انه « مـع مراعاة أحكام المادة ١٦ اذا مات مستحق وليس له فرع يليه فى الاستحقاق عاد نصيبه الى غلة الحصة التى كان يستحق فيها . واذا كان الوقف مرتب الطبقات وجعل الواقف نصيب من يموت او يحرم من لاستحقاق او بطل استحقاقه فيه لمن فى طبقته او لاقرب، الطبقات اليه كان نصيبه لمن يكون فى طبقته من اهل الحصة التى يستحق فيها » ولازمه ومقتضاه ان يعود نصيب العقيم لمن يكون فى طبقته الخاصة او اقرب الطبقات اليه من اقرب قسم كان يتناول استحاقه منه وبقى من يستحق فيه بعدوفاته وهم أهل الحصة التى كان يستحق فيها لا لمن يكون فى مثل طبقته او اقرب الطبقات اليه من اهل الحصص الاخرى التى لم يكن يستحق فيها ويتناول استحقافه منها ، واذ كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن العقيم توفى بعد العمل بالقانون رقم٤٨/ ١٩٤٦ وان الحصة التى يستحق فيها هى حصة والدته ولم يكن موجودا من اهل هذه الحصة وقت وفاته سوى أولاد اخته فان نصيبه يعود لمن هو فى مثل طبقته من اهل الحصص الاخرى التى لم يكن يستحق فيها ، وقد الزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه لا يكون قد خالف القانون .

نقض ٣٢/١١ ق (٦٦/٣/٩) س ٥١٨/١٧

□■□

(المبدأ ٨٩) : جواز التصالح عن الاسحقاق فى الوقف .

تصالح المستحق فى الوقف على أن يأخذ بعضما يدعيه من أعيانه ويدع البعض الاخر نظير مبلغ معين جائز شرعا ، ولا يغير من ذلك أن تكون جهات الاختصاص بالاصلاح الزراعى قد شرعت فى الاستيلاء على الاطيان المتصالح عليها اذ أن اجراءات الاسـتيلاء التى تتخذ وفقا لقـانون الاصلاح الزراعى لا تفيد الاستحقاق بالمعنى المفهوم قانونا .

نقض ٢٨/٢٦ ق (٦١/٤/٢٧) س ٤٢٩/١٢

□■□

(المبدأ ٩٠) : الاقرار المبطل للصلح هو الاقرار باستحقق ثابت فى اعيان الوقف لا باستحقاق متنازع عليه .

الاقرار فى عقد الصلح باستحقاق المطعون عليهـا فى وقف لا يبطل الصلح ذلك أن الاقرار الذى يبطل وفقا للمـادة ٢٠ من قانون الوقف ٤٨/

١٩٤٦ هو الاقرار باستحقاق ثابت لا باستحقاق متنازع فيه اذ ان تقرير هذا البطلان انما دعت اليه الرغبة فى حماية المستحقين الذين يتخذون من الاقرار او التنازل وسيلة لبيع استحقاقهم بثمن بخس بما يؤدى الى تفويت غرض الواقف وانتفاع غير الموقوف عليه بريع الوقف وهذه العلة لا تتحقق الا اذا كان الاستحقاق ثابتا مؤكدا .

نقض ٢٨/١٦ ق (٦١/٤/٢٧) س ٤٢٩/١٢

□■□

(المبدأ ٩١) : استبدال الوقف لا يتم قانونا الا اذا وقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية .

اذا اذن القاضى باستبدال الوقف فان الاستبدال لا يتم ولا ينتج اثاره القانونية الا اذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية ، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين الاوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقا على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث اذا تخلفهذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الراسى عليه المزاد فان التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسى عليه المزاد اذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له واوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار الى هذا الغير أن يرجع على وزارة الاوقاف بضمان الاستحقاق طبقا لأحكام البيع او أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد ذلك ان الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون الا على اساس قيام عقد البيع كما ان الفسخ لا يرد الا على عقد كان له وجود .

نقض ٢٦/٢٦٨ ق (٦٣/١/١٧) س ١٢٣/١٤

□■□

(المبدأ ٩٢) : تصرفات الوقف التى تمت قبل العمل بالقانون ٤٦/٤٨ عدم جواز الرجوع فيها .

لا مجال لتطبيق ما تقضى به المادة ١١ من قانون الوقف رقم ٤٦/٤٨ من اجازة رجوع الواقف فى وقفه وتغيير مصارفه وشروطه على ما تم من تصرفات قبل العمل بهذا القانون ، وانما تبقى هذه التصرفات محكومة بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى الذى كان معمولا به فى شأن الوقف وقتذاك وهو يقضى بان الوقف اذا انعقدت عقدته يكون لازما ولا يجوز الرجوع فيه بحال .

طعن ٤٩/٧٨٣ ق (١٩٨٤/٦/١٩) لم ينشر

(المبدأ ٩٣) : قسمة اعيان الوقف ـ استبقاء الاختصاص بها للمحاكم الشرعية بمقتضى القانون ١٩٥٢/١٨٠ ـ اختصاص دائرة الاحوال الشخصية بها .

النزاع بشأن قسمة اعيان الوقف مما كانت تختص به المحاكم الشرعية قبل الغائها ، وقد استبقى لها القانون ١٩٥٢/١٨٠ هذا الاختصاص بما نص عليه فى المادة الثامنة من ان « تستمر المحاكم الشرعية فى نظر دعاوى القسمة التى رفعت لاقرار الحصص فى اوقاف اصبحت منتهية بمقتضى هذا القانون » واذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم اختصاص دائرة الأحوال الشخصية بنظر الدعوى فانه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٣/١٦ ق (٦٥/٣/٣) س ٢٦٢/١٦

□■□

(المبدأ ٩٤) : قسمة أعيان الوقف قسمة لازمة . شرطه . اجراء القسمة بواسطة المحكمة . حكمته .

ان المشرع وان اجاز فى المادة ٤٠ من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ قسمة أعيان الوقف بين المستحقين قسمة لازمة وعلى خلاف ما كان مقررا قبل صدوره الا انه مع ذلك اشترط ان تحصل القسمة بواسطة المحكمة ، ولم ير الأخذ بالقسمة الرضائية التى تتم باتفاق المستحقين فى الوقف لما تنطوى عليه من غبن فاحش أو تصرف مستتر بالبيع او التنازل من احد المستحقين للاخر اضرارا بحقوق من يؤول اليه الاستحقاق فيما بعد .

نقض ٣٣/١٦ ق (٦٥/٣/٣) س ٢٦٢/١

□■□

(المبدأ ٩٥) : نص المادة ٣٦ من القانون ١٩٤٦/٤٨ وارد حكمها على قسمة غلة الوقف دون قسمة اعيانه .

قسمة اعيان الوقف ورد حكمها فى المادة ٤١ من ذلك القانون .

ان المادة ٣٦ من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ التى تنص على عدم جواز زيادة المرتبات عما شرط لها فى الوقف وارد حكمها على قسمة غلة الوقف دون قسمة اعيانه التى ورد حكمها فى المادة ٤١ من ذلك القانون اما الاحالة الواردة فى المادة الأخيرة الى المادة ٣٦ فالى تقدير المرتبات المفرزة للخيرات ليكون هذا التقدير اساسا لفرز حصة الخيرات ذاتها على الاساس الوارد

فى المادة ٤١ وبعدئذ يكون لاربابها غلة هذه الحصة بعد فرزها مهما يطرأ على هذه الغلة من زيادة او نقص فيما بعد .

نقض ٢٢/٢٧ ق (١٩/٣/٥٩) س ١٠/٢٤١

□■□

(المبدأ ٩٦) : تقدم الطاعنة لمحكمة الاستئناف بطلب اعادة تقسيم اطيان الوقف بين مستحقيه على اساس ان ما فرز للخيرات زيادة عن الحكم الابتدائى هو من نصيبها . على محكمة الاستئناف مواجهة هذا الوضع .

اذا كانت الطاعنة الاولى قد تقدمت الى محكمة الاستئناف طالبة اعادة تقسيم اطيان الوقف بين مستحقيه على اساس ان ما فرز للخيرات زيادة عن الحكم الابتدائى هومن نصيبها، وكانت محكمة الاستئناف قدرفضت الاستجابة الى ما طلبت فى هذا الخصوص بمقولة ان الاستئناف هو عن فرز نصيب الخيرات فقط وأن لها ان تسلك الطريق القانونى للوصول الى حقها ان ارادت ، فان هذا النظر يكون غير سديد ، ذلك لانه مادام ان الحكم الابتدائى قضى بفرز حصة للخيرات وبفرز نصيب كل فريق من المستحقين فان من شان تعديل اى حصة من هذه الحصص التاثير فى باقيها ومن ثم كان على محكمة الاستئناف ان تواجه هذا الوضع بما يقتضيه من تكليف الخبير باعادة تقسيم الاطيان الباقية بين طالبى القسمة بصرف النظر عن ان المطعون عليها هى وحدها التى اقامت الاستئناف عن نصيب الخيرات .

نقض ١٦/٢٧ ق (١٤/٤/٦٠) س ١١/٣١٧

□■□

(المبدأ ٩٧) : تفريق المشرع فى الحكم ـ عند طلب قسمة اعيان الوقف ـ بين حالة ما اذا كانت غلة العين الموقوفة معلومة وقت الاشهاد ، وحالة ما اذا لم تكن تلك معلومة فى ذلك الوقت . لكل حكمها .

يبين من استعراض احكام المادة ٢ من القانون ١٩٥٢/١٨٠ والمادة ٤١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ والمادة ٣٦ منه أن المشرع فرق فى الحكم « عند طلب قسمة اعيان الوقف » بين حالة ما اذا كانت غلة العين الموقوفة معلومة وقت الاشهاد به ـ وحالة ما اذا لم تكن تلك الغلة معلومة فى ذلك الوقت ـ فجعل لكل من هاتين الحالتين حكما ، وقد بينت المادة ٣٦ من القانون ١٩٤٦/٤٨ حكم كل منهما فذكرت انه « اذا جعل الواقف غلة وقفه لبعض الموقوف عليهم وشرط لغيرهم مرتبات فيها قسمت الغلة بالمحاصة بين

الموقوف عليهم وذوى المرتبات بالنسبة بين المرتبات وباقى الغلة وقت الوقف ان علمت الغلة وقته - وان لم تعلم وقت الوقف قسمت الغلة بين اصحاب المرتبات الموقوف عليهم على اعتبار ان للموقوف عليهم كل الغلة ولاصحاب المرتبات بقدر مرتباتهم على الا تزيد المرتبات فى الحالتين عما شرطه الواقف .

نقض ٣٢/٢٦ ق (٦٠/٤/١٤) س ٢١٦/١١

□■□

(المبدأ ٩٨) : قسمة الوقف الواحد بين مستحقيه قسمة جبر واختصاص .

اباحت المادة ٤٠ من القانون ١٩٤٦/٤٨ قسمة الوقف الواحد بين مستحقيه قسمة جبر واختصاص ولم يتعرض المشرع فى هذا القانون للقسمة بين الواقفين فبقيت جائزة كما كان عليه حكمها قبل صدوره . وما كان هناك من داع لمعالجة تشريعية فى هذا الخصوص اذ فى قسمة الجبر والاختصاص بين وقفين شائعين ما يحقق الغرض الذى سعى اليه المشرع باجازة قسمة الوقف بين المستحقين قسمة لازمة .

نقض ٢٥/٣ ق (٥٦/١/٢٨) س ٩/٧

□■□

(المبدأ ٩٩) : قسمة اعيان الوقف . قسمة افراز لا قسمة مبادلة

النص فى المادة ٤٠ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ على أن « لكل مستحق ان يطلب فرز حصته فى الوقف متى كان قابلا القسمة ولم يكن فيها ضرر بين » . « وتحصل القسمة بواسطة المحكمة وتكون لازمة » يدل على ان قسمة اعيان الوقف بين مستحقيه - وفقا لاحكام هذا القانون وقبل الغاء نظام الوقف على الخيرات - هى قسمة افراز لا قسمة مبادلة مقتضاها أن يأخذ كل مستحق عين حقه - لا عوض حقه - فى مكان معين ومن غير زيادة ولا نقصان فيه ، وهى وان كانت لازمة الا ان لزومها هذا منوط - وعلى ما يبين من المذكرة الايضاحية القانون - بأن تكون مبنية على أنصبة من الاستحقاق مستقرة لا تتعداها الى ما وراءها من انصبة اخرى غير مستقرة ، يستوى فى ذلك ان يكون عدم استقرارها معروفا وقت القسمة او غير معروف ، وهى بذلك لا تمنع المستحق المتقاسم من المطالبة بنصيب زائد واستحقاقه له ، اذ معنى القسمة لا ينعدم باستحقاق هذا النصيب ولا ينطوى على اقرار منه باستحقاق غيره له ، واذ معنى المطالبة ان طالب

الزيادة يدعى الاستحقاق فى حصة شريكه ليعود شريكا معه فيها . وهذا الشيوع الطارىء قد تستانف وقد لا تستانف فيه قسمة جديدة ولا تنافى بينهما .

نقض ٥١/٣٠ ق (٦٦/١٢/١٤) س ١٨٩٤/١٧

□■□

(المبدأ ١٠٠) : القسمة الفعلية ـ تحققها فى صورة ما اذا تصرف كل من الملاك المشتاعين فى جزء مفرز فى المال الشائع يعادل حصته .

القسمة الفعلية تتحقق فى صورة ما اذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له ان تصرف فيه ، واذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه ان التصرفات التى تمت بعد صدور القانون ١٩٥٢/١٨٠ لم يقم بها الشركاء جميعا فى الاعيان التى كانت موقوفة ، وانما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء .

نقض ٣٦/٢٩٣ ق (٧١/٢/٢٦) س ١٣٣/٢٢

□■□

(المبدأ ١٠١) : مقتضى عدم حصول قسمة نهاية او فعلية فى الاعيان التى كانت موقوفة استمرار حالة الشيوع بين الشركاء . اعتبار البائعين لجزء من هذه الاعيان مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع .

مقتضى عدم حصول قسمة نهائية او فعلية فى الاعيان التى كانت موقوفة ، ومن بينها العقار موضوع التصرف هو استمرار حالة الشيوع بين الشركاء ، واعتبار البائعين الى الطاعن مازالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع فى هذا العقار ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وقرر ان هؤلاء البائعين لا يملكون القدر الذى تصرفوا فيه بالبيع الى الطاعن لاختصاص باقى الشركاء بالعقار موضوع التصرف بموجب قسمة النظر التى اصبحت قسمة فعلية ، ورتب على ذلك قضاءه برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له ، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون

نقض ٣٦/٢١٣ ق (٧١/١/٢٦) س ١٣٣/٢٢

(المبدأ ١٠٢) : تحول قسمة المهاياة المكانية الى قسمة نهائية ـ شرطه

يشترط وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى حتى تتحول قسمة المهاياة المكانية الى قسمة نهائية ان تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وان لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك ، واذا كان الثابت فى الدعوى ان القسمة ـ قسمة نظر ـ لم تنقلب الى قسمة نهائية لعدم مضى مدة خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون ١٩٥٢/١٨٠ الذى جعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين حتى تاريخ رفع الدعوى فى سنة ١٩٥٩ كان مقتضى ذلك اعتبار البائعين الى الطاعن مازالوا مالكين لانصبتهم على الشيوع فى الاعيان التى كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قسمة النظر .

نقض ٣٦/٢٩٣ ق (٧١/١/٢٦) س ١٣٣/٢٢

□■□

(المبدأ ١٠٣) : بطلان اقرار الموقوف عليه او تنازله لغيره بكل او بعض استحقاقه فى الوقف . علة ذلك .

تنص المادة ٢٠ من قانون الوقف رقم١٩٤٦/٤٨ . الواجبة التطبيق عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة الخامسة من القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ على انه « يبطل اقرار الموقوف عليه لغيره بكل او بعض استحقاقه ، كما يبطل تنازله عنه » وتقرير البطلان طبقا لتلك المادة دعت اليه الرغبة فى حماية المستحقين الذين يتخذون من الاقرار او التنازل وسيلة لبيع استحقاقهم بثمن بخس مما يؤدى الى تفويت غرض الواقف وانتفاع غير الموقوف عليهم بريع الوقف .

نقض ٣٥/٥ ق (٧٣/١/٣) س ٢٠/٢٤

□■□

(المبدأ ١٠٤) : سلطة المحكمة فى قسمة اعيان الوقف قسمة نظر .

تنص المادة ٣/٤٨ من القانون ١٩٤٦/٤٨ بشأن الوقف بأنه يجوز للمحكمة توزيع اعيان الوقف وقسمتها قسمة نظر ، بحيث يكون كل ناظر مستقلا بالنظر على القسم الذى خصص له ، وهذه القسمة لا تعتبر قسمة ملك للاعيان الشائعة ، لانها فوق كونها قسمة نظر ، فانها حصلت قبل صدور القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ الذى الغى نظام الوقف على غير الخيرات وجعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين .

نقض ٣٦/٢٩٣ ق (٧١/١/٢٦) س ١٣٢/٢٢

(المبدأ ١٠٥) : متى يعد الوقف خيريا .

يعد الوقف خيريا اذا كان على جهة بر يستوى فيها الفريقان الغنى والفقير . فاذا كان الواقف قد وقف دارا لضيافة الواردين والمترددين عليها واستظهرت محكمة الموضوع عبارات اشهاد الوقف . وفسرت هذه العبارات تفسيرا تحتمله وتقصت قصد الواقف تقصيا سليما بانه انشأ وقفه ابتداء علي جهة بر يصح الوقف عليها قربة الى الله تعالى لحاجة الواردين والمترددين على دار الضيافة ومنهم الغنى ومنهم الفقير الى المأوى والطعام والشراب فى قرية لا تتوافر فيها هذه الحاجة ثم انتهت المحكمة الى تقرير خيرية الوقف ـ فانه لا محل للنعى على حكمها بمخالفة القانون .

نقض ٢٦/٤٢ ق (٥٨/٦/١٢) س ٥٦٣/٩

□■□

(المبدأ ١٠٦) : ماهية الوقف الخيرى .

الوقف يعد خيريا اذا كان على جهة من جهات البر التى لا تنقطع ، والعرف السائد بين المسلمين فى العصور المتأخرة جرى على اقامة الاضرحة اعلاء لشأن المعروفين من أهل التقوى والصلاح حتى يتأسى بهم الكافة ومن ثم فان حبس الاعيان اللازمة لاقامتها والانفاق عليها يعد وقفا خيريا لما ينطوى عليه من معنى التقرب الى الله تعالى .

طعن ٤٩/٣ ق س ٣١ ص ١٨٦ ع ١

□■□

(المبدأ ١٠٧) : تقدير حصة الخيرات وافرازها .

ينص القانون ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء الوقف على غير الخيرات فى مادته الثانية على انه يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر وانه يتبع فى تقدير حصة الخيرات وافرازها حكم المادة ٤١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ـ وتأسيسا على ذلك يتعين الرجوع فى فرز حصة الخيرات الى حكم المادة ٤١ المتقدم ذكرها والواردة فى باب قسمة الوقف وهى تنص على انه اذا شرط الواقف فى وقفه خيرات أو مرتبات معينة دائمة معينة المقدار فرزت المحكمة حصة تضمن غلتها مالارباب هذه المرتبات بعد تقديرها طبقا للمواد ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ على اساس متوسط غلة الوقف فى الخمس سنوات الاخيرة العادية ، وتكون لهم غلة هذه الحصة مهما طرأ عليها من زيادة او نقص ، ومقتضى هذه الاحالة أن يرجع الى غلة الوقف

وقت صدور الوقف ، فان لم تكن معلومة وقت صدوره يقسم الريع بين الموقوف عليهم واصحاب المرتبات بطريق العول على اعتبار ان للموقوف عليهم حصة بقدر مرتباتهم فيزاد قدر المرتبات على قدر متوسط غلة الخمس سنوات الاخيرة ويقسم الريع على مجموع الاثنين ـ فاذا كان متوسط قدر غلة الوقف ٩٠ جنيها مثلا وقدر المرتبات ٦٠ جنيها افرز للمرتبات حصة يضمن ريعها صرف ١٥٠/٦٠ من غلة الوقف بشرط الا تزيد عن مقدار المرتب فان نقصت اعيان الوقف باى سبب من الاسباب نقصت المرتبات المشروطة فى الوقف بنسبة ما نقص من اعيانه على أن يكون المناط فى فرز وقسمة حصة الخيرات هو ما تغله تلك الحصة من ريع فحسب وبغير ما التفات الى قيمة الاعيان ـ طبقا لما جرى به قضاء محكمة النقض

نقض ٣٧/٣١ ق (٥٩/٤/٢) س ٣٣٥/١٠

□■□

(المبدأ ١٠٨) : عند فرز حصة الخيرات او المرتبات يرجع الى غلة الوقف وقت صدوره ان علمت ، فان لم تعلم يقسم الريع بين الموقوف عليهم واصحاب المرتبات بطريق العول .

احالت المادتان الثانية والثالثة من القانون ١٩٥٢/١٨٠ الى احكام المواد ٣٧ ، ٣٧ ، ٣٨من القانون١٩٤٦/٤٨ ومن ثم فانه يتعين عند فرز حصة الخيرات أو المرتبات أن يرجع الى غلة الوقف وقت صدوره أنعلمت فان لم تعلم يقسم الريع بين الموقوف عليهم وأصحاب المرتبات بطريق العول على اعتبار أن للموقوف عليهم كل الغلة ولاصحاب المرتبات حصة بقدر مرتباتهم فبقدر متوسط الغلة فى الخمس سنوات الاخيرة العادية ويزاد عليه قدر المرتبات ويقسم الريع على مجموعهما وتؤخذ النسبة بين المجموع ومقدار المرتبات وعلى اساسها تجرى القسمة بصرف النظر عن قيمة اعيان الوقف وما تساوية من الثمن .

نقض ٢٨/٣٥ ق (٦٢/٢/٧) س ١٨٨/١٣

□■□

(المبدأ ١٠٩) : الغاء الوقف على الخيرات ـ اثره .

مفاد نص المادتين الثانية والثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠/ ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، انتهاء كل وقف لا يكون مصرفه ـ يومئذ ـ خالصا لجهة من جهات البر واعتبار اعيانه ملكا يرد عليها التقادم سببا لكسبها ، فيجوز للغير كما يجوز لاى من الشركاء على

الشــيوع ان يكسب ملكية حصة احــد شركائه بالتقادم اذا اســتطاع ان يحوزها حيــازة تقوم على معــارضة حق المالك لها على نحو لا يترك مجــالا لشبهة الغموض او الخفاء او مظنة التسامح ، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة .

طعن ٤٧/٦٨٩ ق ح (١٩٨٣/٥/١٨) لم ينشر

□■□

(المبدأ ١١٠) التعويل فى قسمة حصة الخيرات او المرتبات الدائمة وفرزها عن باقى اعيان الوقف على ما تنتجه تلك الحصة من غلة .

مؤدى نص المادة الثانية من القانون ١٩٥٢/١٨٠ معدلة بالقانون رقم ١٩٥٢/٣٤٢ والمادة ٤١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ان المعــول عليه فى قســمة حصةالخيرات او المرتبات الدائمة وفرزها عن باقى الوقف هو ما تنتجــه تلك الحصــة ــ ايا كانت عقارا او اطيانا زراعية من غلة ــ وهذه الغلة فقط هى التى يجب ان يراعى عند الفرز ان تكون بحيث تفى بالمرتبات الدائمــة او الخيرات المشروطة وعلى هذا الاساس وحده يتحــدد مقــدار الحصــة ونسبة هذه القيمة الى قيمة اعيان الوقف كله .

نقض ٢٧/٢٢ ق (٥٩/٣/١٩) س ٢٤٠/١٠

□■□

(المبدأ ١١١) : الوقف الخيرى ــ الرجوع فيه .

لا يجوز الرجوع فى الوقف الخــيرى الصــادر قبل العمل بالقانون ١٩٤٦/٤٨ اذا حرم الواقف نفســه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة وجعل الاستحقاق لغيره وفقا لنص الثانية من المادة ١١ من ذلك القانون . ولا يصح التحدى بأنه لو صح هذا الفهم لما كان هناك محل لايراد الفقرة الثالثة من المادة المذكورة التى تتحدث عن وقف المسجد ، ذلك لان المشرع انمــا اراد بالفقرة الثــالثة ان يقرر عــدم جواز الرجــوع فى وقف المسجد او ما وقف على المسجد اطلاقا سواء كان انعقاده قبل العمل بذلك القانون او بعد ذلك فلا يجوز الرجوع فيه فى الاحوال التى يجــوز فيهــا الرجوع فى الوقف الخيرى .

نقض ٢٦/٧ ق (٥٧/٢/٧) س ١٤٨/٨

□■□

(المبدأ ١١٢) : التصدق بالمنفعة .

التصدق ـ ابدا ـ بالمنفعة يقتضي حتما ان الواقف بمجرد ايجابه الوقف على نفسه ، وتسليمه من ملكه وجعله لله تعالى أن يدع الغلة بمجرد تمام العقد لجهة البر التى جعلها له ، والا ينفق شيئا منها الا عليها .

نقض ٧١/٤ ق ح (١٩٣٥/٥/١٦)

□■□

(المبدأ ١١٣) : الوقف على غير وجوه الخير لا يكون على سبيل القربة والصدقة وانما يكون على سبيل البر والصلة ما لم ينط الاستحقاق فيه بوصف يدخله فى الوقف على وجوه الخير .

مناط التفريق بين الوقف على غير وجوه الخير والوقف على وجوه الخير هو ان الاول لا يكون على سبيل القربة والصدقة وانما يكون على سبيل البر والصلة كالوقف على الذرية والاقارب اذا لم ينط الاستحقاق بوصف يدخله فى الوقف على وجوه الخير كان يجعل الواقف غلة وقفه مصروفه للفقراء منهم فانه يكون على سبيل القربة مما يدخل فى نطاق الوقف على وجوه الخير ـ فاذا كان الحكم الابتدائى لم يعتبر المبالغ التى كان يتولى الناظر صرفها للطاعنين بموافقة المستحقين من قبيل الاستحقاق والمرتبات التى يفرز من اجلها حصة فى اعيان الوقف ـ بعد الغائه ـ على اعتبار ان هذا الصرف لا يعدو ان يكون صدقة لا تكسبهما صفة الاستحقاق ، قد اقر الحكم المطعون فيه هذا النظر واضاف اليه ان شرط الواقف محل النزاع ورد ضمن خيرات وصدقات الوقف وان صرفها كان فى نطاق هذه الخيرات فهذا الذى اقام عليه الحكمان قضاءهما استخلاص سائغ يظاهره شرط الواقف .

نقض ٣٠/١٤ ق (٦٣/٦/١٩) س ٨٥٢/١٤

□■□

(المبدأ ١١٤) : وقف خيرى ـ النظر عليه . حق محكمة الموضوع فى تعيين ناظر الوقف الخيرى اذا كان الواقف غير مسلم وكان مصرف الوقف جهة بر غير اسلامية .

جعلت المادة الثانية من القانون رقم ١٩٥٣/٢٤٧ المعدل بالقانون ١٩٥٣/٥٤٧ النظر على وقف الخيرات لوزارة الاوقاف بحكم القانون ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه بينما وضعت المادة الثالثة من ذلك القانون استثناء لهذا النص فى حالة ما اذا كان الواقف غير مسلم وكان المصرف

غير جهة اسلامية وعندئذ يكون النظر لمن تعينه المحكمة الشرعية ، فلاذا توافر الشرطان امتنع النظر على وزارة الاوقاف وكان الامر للمحكمة لتقيم من ترى صلاحيته للنظر على الوقف للقيام بشروط الواقف وحسن ادارة الوقف وعلى ذلك اذا كان الوقف خيريا واستخلصت محكمة الموضوع من تقدم وزارة الاوقاف بطلبها النظر على الوقف انها لا تستحق النظر عليه بحكم القانون ، كما استخلصت من كتاب الوقف فى حدود سلطتها التقديرية ان الواقف غير مسلم وان مصرف الوقف جهة بر غير اسلامية فى اسباب سائغة تتفق مع ما جاء بكتاب الوقف والاوراق فان ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سليما لا مخالفة فيه للقانون .

نقض ٢٢/٢٦ ق (٥٧/٤/٤) س ٨/٣٩٤

□■□

(المبدأ ١١٥) : النظر على الوقف الخيرى .

افتراض الشارع الحراسة ــ فى جانب الناظر على الوقف الخيرى لحين تسليم الاعيان الى وزارة الاوقاف ــ بقصد تحميل النظار على الاوقاف الخيرية المسئولية المدنية والجنائية عما قد يلحق اموالها من اضرار نتيجة الاهمال او العبث خلال الفترة السابقة على التسليم ، وعلى ذلك فان صفته كحارس تكون لصيقه بشخصه فلا يملك القضاء عزله او استبدال غيره به وانما تستمر حتى تتسلم وزارة الاوقاف اعيان الوقف ، ومن ثم فان الحكم اذ قضى بعزله واقامة اخر ناظرا على الوقف لادارته يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون .

طعن ٤٩/٣ ق س ٣١ ص ٨٧ ح ١

□■□

(المبدأ ١١٦) : النظر على الوقف الخيرى . وقف غير المسلم لجهة غير اسلامية .

النظر على الوقف الخيرى لوزارة الاوقاف ما لم يشترط النظر لنفسه . وقف غير المسلم على مصرف لجهة غير اسلامية يكون النظر فيه لمن تعينه المحكمة ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه او لوزارة الاوقاف جواز تعيين وزارة الاوقاف على وقف غير المسلم .

نقض ٤٠/١٣ ق (٧٦/٢/٤) س ٢٧

□■□

(المبدأ ١١٧) النظـارة على الوقف الخـيرى بعد صـدور القانون ١٩٥٣/٢٤٧ المعدل .

نظم المشرع النظـارة على الاوقاف الخـيرية بمـوجب القانون رقم ١٩٥٣/٢٤٧ المعدل بالقوانين ١٩٥٣/٥٤٨ ، ١٩٥٩/٢٧٢ فجعلهـا لوزارة الاوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفســه ، واوجب على من انتهت نظارته على هـذه الاوقاف ان يسلم اعيـانها لوزارة الاوقاف مع اعتبـارهم حراسا عليها لحين تمام تسليمها .

ط ٤٩/٣ ق — س ٣١ ص ١٥٧ ح ١

□■□

(المبدأ ١١٨) : وزارة الاوقاف بصفتها ناظرة على وقف خـيرى . حقها فى مطالبة الناظر السابق قضائيا بتقديم حساب عن ريـع الوقف والزامه بنتيجة الحساب .

لوزارة الاوقاف بصفتها ناظرة على وقف خيرى الحق فى مخاصـمة ناظر الوقف الـسابق ومطالبته بتقديم كشف حسـاب عن ريـع الوقف جميعه والحكم لها بهذه الصفة بما يظهر من نتيجة هذا الحسـاب ، ولا يؤثر على هـذا الحق أن المـادة ١٤ من القانون ١٩٤٦/٣٠ بشـأن لائحـة اجراءات وزارة الاوقاف قد الزمت نظار الاوقاف بتقديم حساب عنها مرة كل سنة الى وزارة الاوقاف اذ ان محاسبة هذه الوزارة للنظار لا تعدو ان تكون نوعا من الاشراف العام عليهم جميعا لا يسلب الوزارة بصفتها ناظرة على الوقف الحق فى مطالبة ناظر الوقف السابق بالحسـاب أمام المحكمة ، والحكم لها بهذه الصفة بما يظهر من نتيجة هذا الحساب وهو حق اصيل مقرر شرعا وليس فى نصوص القانون سالف الذكر ما يخالفه .

نقض ٦٢/ ٣٨ ق (٧٣/١١/١٧) — س ١٠٩٥/٢٤

□■□

(المبدأ ١١٩) : شرط اعتبـار الاماكن المخصصـة للعبـادة والبر والاحسان من الاملاك العامة .

شرط اعتبار الاماكن المخصصة للعبادة والبر والاحسان من الاملاك العامة طبقا لنص الفقرة السـابقة من المادة التاسـعة من القانون المدنى القديم ـ هو ان تكون فى رعاية الحكومة تدير شئونها وتقوم بالصرف عليها من اموال الدولة . فاذا كان الثابت ان وزارة الاوقاف لم تتول ادارة تلك الاعيان المتنازع عليهابصفتها الحكومية وانما بوصفها ناظرة عليها شانهـا

شأن اى فرد من الافراد يعهد اليه بادارة شئون الوقف فانه ليس من شأن هذا النظر ان يخلع على هذا المال صفة المال العام .

نقض ٢٤/٥٥ ق (٥٨/٥/٥٥) س ٩/٤٥٣

□■□

(المبدأ ١٢٠) : الغاء الوقف على غير الخيرات ـ ملكية العين .

مؤدى نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء نظام الوقف على الخيرات ان الشارع اراد ان يجعل ملكية ما انتهى الوقف فيه للواقف ان كان حيا ، وكان له حق الرجوع ، يستوى فى ذلك ان يكون قد احتفظ لنفسه بغلة الوقف ، او جعل الاستحقاق لغيره حال حياته ، فان لم يكن الواقف حيا او لم يكن له حق الرجوع آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته ، وفى الوقف المرتب الطبقات تؤول الملكية الى المستحقين الحاليين فيه والى ذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته او حصة اصله ، وهم ذرية من دخل فى الوقف وتناول استحقاقا فيه ، وكان من اهل الطبقة التى انحل عليها ثم توفى بعد الدخول وانتقل استحقاقه بحكم الترتيب الجملى الى الباقين من أهل طبقته لا ذرية من توفى قبل دخوله فىالوقف واستحقاقه لشىء فيه ولم يكن بذلك من افراد الطبقة التى انحل عليها الوقف ولا من ذوى الاستحقاق أو صاحب حصة ونصيب فيه ، وهى اوصاف وقيود قصد اليها الشارع وعناها بقوله وآلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقته كل بقدر حصته او حصة اصله ، ولا تصدق فى حق من توفى اصله قبل الدخول فى الوقف .

نقض ٢٩/٣٨ ق (٧٢/١١/٢٢) س ٢٣/١٣٦٨

□■□

(المبدأ ١٢١) : ما ينتهى فيه الوقف على الخيرات يصبح ملكا للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه ، فان لم يكن حيا آلت الملكية للمستحقين الحاليين .

تنص المادة الثالثة من القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء نظام الوقف على الخيرات على ان يصبح ما ينتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه فان لم يكن حيا آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق ، ولا محل للتفرقة فى هذا الشأن بين صاحب المرتب المؤقت وغيره من اصحاب الاستحقاق فى غلة الوقف وبالتالى فانه

يكون لصاحب المرتب المؤقت الحق فى طلب فرز حصة فى اعيان الوقف تفى بمرتبه .

نقض ٣٢/٢٨ ق (٦٢/٢/٧) س ١٣/١٨٨

□■□

(المبدا ١٢٢) : وضع اليد على اطيان زراعية تتضمن حصة شائعة لوقف خيرى لا اثر له فى كسب ملكيتها بالتقادم .

المادة ٩٧٠ من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٥٧/١٤٧ تنص على أن الاموال الموقوفه لا تكتسب الا اذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ، ثم نص القانون الاخير على انه لا يجوز تملك الاوقاف الخيرية او كسب اى حق عينى عليها بالتقادم فان حيازة الطاعنة وحيازة من سبقها من المشترين منذ سنة ١٩٥٤ حتى تاريخ صدور حكم لجنة القسمة سنة ١٩٦٦ بفرز الخيرات لا يؤدى الى كسب ملكية الاطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا الطريق عملا بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدله بالقانون رقم ٩٥٧/١٤٧ – الذى عمل به أعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ – لوجود حصة لوقف خيرى شائعة فيها .

طعن ٧٠٦/٤٣ ق س ٣٠ ص ٤٦٨ ع ١

□■□

(المبدا ١٢٣) : ما انتهى اليه الوقف على غير الخيرات يصبح ملكا للواقف ان كان حيا وله حق الرجوع فيه فان لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق .

يصبح ما انتهى فيه الوقف على غير الخيرات ملكا للواقف ان كان حيا وله حق الرجوع فيه فان لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق ، على أن المادة الرابعة من القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء الوقف قد نصت – استثناء من هذه القاعدة – على ان الملكية لا تؤول الى الواقف متى ثبت أن استحقاق من سيخلفه فى الاستحقاق كان بعوض مالى أو بضمان حقوق ثابتة قبل الواقف – وفقا لاحكام المادة ١١من القانون ١٩٤٦/٤٨ – اذ يؤول فى هذه الحالة ملك الرقبة الى من سيخلف الواقف من المستحقين كل بقدر حصته ، ويكون للواقف حق الانتفاع مدى حياته .

نقض ٢٦٦/٢٧ ق (٦٣/٢/٢١) س ١٤/٢٧٢

□■□

(المبدأ ١٢٤) : اعيان الوقت لغير جهة البر . صدور القانون ١٨٠/ ٥٢ المعدل بعد ٥٢/٣٤٢ اثره .

بعد صدور القانون ٥٢/١٨٠ المعدل بالقانون ٥٣/٣٤٢ آلت ملكية اعيان الاوقاف ـ لغير جهات البر ـ الى المستحقين فيها واصبح كل مستحق مالكا لحصته فيها وزالت عنها صفة الوقف .

طعن ٥٠/٩٣٥ ق (١٩٨٤/٦/٢٦) لم ينشر

□■□

(المبدأ ١٢٥) : شرط انهاء الوقف ان يكون من المحكمة بناء على طلب ذوى الشان .

يشترط فى انهاء الوقف ـ وفقا للمادة ١٨ من القانون ١٩٤٦/٤٨ ـ ان يكون الانهاء من المحكمة بناء على طلب ذوى الشـأن وهم من تكون لهم الملكية اذاتقرر هذا الانهاء ، ومقتضى ذلك ان الدعوى التى ترفع بالطعن فى قرار الانهاء وطلب بطلانه لا يصح ان يختصم فيها غير هؤلاء ، واذ كان المشترى للعقار الموقوف لا تتوافر فيه هذه الصفة فانه لا يلزم اختصامه فى دعوى البطلان .

نقض ٢٧/١٦١ ق (٦٢/١٢/١٣) س ١١٢٤/١٣

□■□

(المبدأ ١٢٦) : ملكية ما انتهى فيه الوقف ـ ايلولتها الى الواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع .

النص فى المادة الثالثة من القانون ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات على ان « يصبح ما انتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه فان لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق وان كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق » يدل على ان الشارع أراد ان يجعل ملكية ما انتهى الوقف فيه للواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع يستوى فى ذلك ان يكون قد احتفظ لنفسه بغلة الوقف أو جعل الاستحقاق لغيره حال حياته ، فان لم يكن الواقف حيا او لم يكن له حق الرجوع آلت الملكية للمستحقين الحاليين فيه ، والى ذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته او حصة اصله وهم ذرية من دخل فى الوقف وتناول استحقاقا فيه وكان من أهل الطبقة

التى انحل عليها ثم توفى بعد الدخول وانتقل استحقاقه بحكم الترتيب الجملى ـ الى الباقين من أهل طبقته لا ذرية من توفى قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء فيه ولم يكن بذلك من افراد الطبقة التى انحل عنها الوقف ولا من ذوى الاستحقاق ، او صاحب حصة ونصيب فيه ، وهى اوصاف وقيود قصد اليها الشارع وعناها بقوله : « وآلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقة كل حصته او حصة اصله » ـ ولا تصدق فى حق من توفى اصله قبل الدخول فى الوقف .

نقض ٣١/٢٦ ق (٦٥/١٢/٢٩) س ١٦/١٣٦٣

□■□

(المبدأ ١٢٧) : قرار المحكمة فى تصرفات الاوقاف ـ مناطها .

قرار المحكمة فى تصرفات الاوقاف لايكون نهائيا ـ وفقا لنص المادة الثامنة من المرسوم بقانون ١٩٣١/٧٨ بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة به ـ الا اذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لاتزيد على مائتى جنيه .

نقض ٣٢/١٢ ق (٦٥/٣/٣) س ١٦/٢٥٣

□■□

(المبدأ ١٢٨) : ملكية رقبة العين الموقوفة ـ بعد الغاء الوقف ـ لا تؤول الى المستحق عن الواقف الذى اصدر الاقرار بتلقى العوض ، وانما تؤول الى المقر له باجازة من القانون .

لا تؤول ملكية رقبة العين الموقوفة ـ بعد الغاء الوقف طبقا للقانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ ـ الى المستحق عن الواقف الذى اصدر الاقرار بتلقى العوض لأنه لم يكن يملك هذا المال حتى ينقله الى غيره وانما تؤول ملكية المال الى المقر له باجازة من القانون . وعلى ذلك فالا كان التصرف المقصود بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى ـ الذى يعتبر مضافا الى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية اذا احتفظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ـ هو تصرف الشخص لاحد ورثته تصرفا يرد على ملكية العين او على حق عينى فيها ، فان اقرار الواقف بتلقى العوض لا ينصب الا على تلقى العوض وبالتالى فلا يخضع لحكم المادة ٩١٧ من القانون المدنى سالفة الذكر .

نقض ٢٧/٢٦٦ ق (٦٣/٢/٢١) س ١٤/٢٦٢

(المبدأ ١٢٩) : اثبات تلقى الواقف العوض بعد انتهاء الوقف على غير الخيرات

استحدث الشارع عند انهاء الوقف حكما جديدا بشأن اثبات تلقى الواقف العوض فنصت المادة ٢/٤ من القانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ على انه : « يعتبر اقرار الوقف باشهاد رسمى بتلقى العوض او ثبوت الحقوق قبله حجة على ذوى الشان جميعا متى صدر خلال الثلاثين يوما التالية للعمل بهذا القانون » ومؤدى ذلك ان الاقرار اذا صدر ممن يملكه وفى خلال هذا الميعاد فانه لايقبل نفى ما تضمنه وتمتد حجيته الى ذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى أيلولة المال الذى انحل عنه الوقف الى الواقف كالورثة والمستحقين وغيرهم وذلك لضمان استقرار الحقوق وحسم المنازعات وينبنى على ذلك انه ليس لوارث الواقف ان يطعن بالصورية على اقرار الذى اشهد فيه بتلقى عوض مالى او ثبوت حقوق قبله .

نقض ٢٧/٢٦٦ ق (٦٣/٢/٢١) س ٢٧٢/١٤

□■□

(المبدأ ١٣٠) : ليس للواقف الرجوع او التغيير فى وقفه قبل العمل بالقانون ١٩٤٦/٤٨ فى حالتين : (١) اذا كان قد حرم نفسه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له . (٢) اذا ثبت ان هذا الاستحقاق كان بعوض مالى او لضمان حقوق ثابته قبل الواقف .

اذا كانت المادة ١١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ تحظر على الواقف الرجوع او التغيير فى وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره فى حالتين الاولى : اذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له، والثانية:اذا ثبت ان هذا الاستحقاق كان بعوض مالى او لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف ، فقد دل ذلك ــ وهو ما يبين من المذكرة التفسيرية للقانون المذكور ــ على ان حرمان الواقف نفسه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة يعتبر قرينة قاطعة على ان هذا التصرف كان بمقابل يمنعه من الرجوع دون حاجة الى تحقيق او اثبات بل يكفى وجود هذا المظهر فى كتاب الوقف او اشهاد التغيير . اما الحالة الثانية فان اثبات تلقى الواقف العوض ممن له الاستحقاق فى الوقف يكون بكافة الطرق القانونية فى الاثبات بما فى ذلك القرائن .

نقض ٢٧/٢٦٦ ق (٦٣/٢/٢١) س ٢٧١/١٤

□■□

(المبدأ ١٣١) : قرار انهاء الوقف لتخربه وعدم اغلاله قرار منشىء للحق لا مقرر له . لا تزول عن الاعيان الموقوفة حصانتها الا من تاريخ صدوره .

القرار الصادر بانهاء الوقف لتخربه وعدم اغلاله استنادا الى المادة ١٨ من القانون ١٩٤٦/٤٨ هو قرار منشىء للحق لا مقرر له ، فلا تزول عن الاعيان الموقوفة حصانتها الا من تاريخ صدوره ، وليس من شانه لو صدر بعد التصرف فى الاعيان الموقوفة أن يصحح البطلان الذى لحق بذلك التصرف

نقض ٢٨/٢٠٧ ق (٦٣/٥/٢٣) س ٧٠٩/١٤

□■□

(المبدأ ١٣٢) : عدم جواز التصرف فى الاعيان الموقوفة باى نوع من انواع التصرفات ـ بيع المستحق لاعيان الوقف باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة .

تنص القواعد الشرعية ـ على ما جرى به قضاء النقض ـ بوجوب المحافظة على ابدية الاموال الموقوفة لتبقى على حالها على الدوام محبوسة ابدا عن ان يتصرف فيها بأى نوع من انواع التصرفات ـ فاذا ما تصرف المستحق فى أعيان الوقف بالبيع فان هذا التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا لوقوعه على مال لا يجوز التعامل فيه بحكم القانون ومن ثم فلا تلحقه الاجازة

نقض ٢٨/٢٠٧ ق (٦٣/٥/٢٣) س ٧٠٩/١٤

□■□

(المبدأ ١٣٣) : لا يتم استبدال الوقف بالاذن به ، لا ينتج الاستبدال اثاره القانونية الا اذا اوقعت المحكمة صيغة البدل .

جرى قضاء النقض على انه اذا اذن القاضى باستبدال الوقف فان الاستبدال لا يتم ولا ينتج اثاره القانونية الا اذا اوقعت المحكمة الشرعية صيغة البدل . وتنطبق هذه القاعدة دائما مهما تنوعت الاسباب التى ادت الى الحيلوله دون توقيع صيغة البدل . كما لا يغير من هذا النظام ان يكون عدم ايقاعها مرجعه هو صدور المرسوم بقانون ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات وخروج الامر من اختصاص المحكمة الشرعية .

نقض ٢٦/١٥٩ ق (٦٢/١/١١) س ٤٩/١٣

□■□

(المبدأ ١٣٤) : النص فى المادة الثالثة ـ من القانون ١٩٥٢/١٨٠ على ان يصبح ما ينتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا . فان لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين ، لا يحول دون المنازعة او التداعى فى شأن هذا الاستحقاق .

النص فى المادة الثالثة من القانون ١٩٥٢/١٨٠ على أن : « يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة ملكا للواقف ان كان حيا ... فان لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين » لا يمنع من المنازعة او التداعى بشأن هذا الاستحقاق سواء أكانت هذه المنازعة سابقة على صدور القانون او لاحقة له لأن المشرع انما اورد هذا النص استصحابا لحال الواقف والمستحقين فيه وقت صدوره وعلى افتراض خلو استحقاقهم من المنازعة دون ان يحصر الاستحقاق فيهم او يمنع من المنازعة او التداعى مع ايهم فى شأنه ، وهذه المنازعة انما يرجع فيها الى كتاب الوقف لبيان من هو المستحق ومقدار استحقاقه وهو ما تدل عليه المادة الثامنة من القانون ١٩٥٢/١٨٠ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥٣/٣٩٩ ، ١٩٥٤/٢٧٧ .

نقض ٣١/٤٦ ق (٦٣/١٠/٣٠) س ١٠٠٢/١٤

□■□

(المبدأ ١٣٥) : الحكم ببطلان قرار انهاء الوقف يقتضى اعتبار ذلك الانهاء عديم الاثر . بقاء صفة الواقف لاصقة بالعقار الموقوف .

صدور الحكم ببطلان قرار انهاء الوقف يقتضى اعتبار الانهاء عديم الاثر وينبنى على ذلك ان صفة الوقف تظل لاصقة بالعقار الموقوف ولم تزل عنه وبالتالى يكون التصرف الحاصل فيه بالبيع قبل الحكم ببطلان قرار الانهاء قد وقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يصلح سببا صحيحا فى التملك بالتقادم الخمس

نقض ٢٧/١٦١ ق (٦٢/١٢/١٣) س ١١٢٤/١٣

□■□

(المبدأ ١٣٦) : عدم صحة اجارة الوقف بالغبن الفاحش .

اقتصرت المادة ٦٣١ من القانون المدنى على تقرير ان اجارة الوقف بالغبن الفاحش لا يصح ، دون ان تبين مسئولية ناظر الوقف عن هذا الغبن كما خلت المواد الاخرى الواردة فى القانون المدنى من الباب الخاص بايجار الوقف من تحديد هذه المسئولية لان موضعها خارج عن نطاق هذا الباب .

نقض ٣٤/٣٨٤ ق (٦٨/٤/٢٥) س ٨٧٦/١٩

□■□

(المبدا ١٣٧) : بطلان اقرار الموقوف عليه او تنازله لغيره عن كل او بعض استحقاقه فى الوقف .

المادة ٢٠ من قانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ الواجبة التطبيق عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة الخامسة من القانون ١٩٥٥/٤٦٢ تنص على انه : « يبطل اقرار الموقوف عليه لغيره بكل او بعض استحقاقه كما يبطل تنازله عنه » اذ ان تقرير البطلان طبقا لتلك المادة دعت اليه الرغبة فى حماية المستحقين الذين يتخذون من الاقرار او التنازل وسيلة لبيع استحقاقهم بثمن بخس مما يؤدى الى تفويت غرض الواقف وانتفاع غير الموقوف عليهم بريع الوقف .

نقض ٣٥/٥ ق (٧٣/١/٣) س ٢٥/٢٤

□■□

(المبدا ١٣٨) : سماع الاشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر بعد العمل بالقانون رقم ١٩٤٦/٤٨ من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية او من يحيله عليه .

النص فى المادة الاولى من القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ باحكام الوقف على انه « من وقت العمل بهذا القانون لا يصح الوقف ، ولا الرجوع فيه ولا التغيير فى مصارفه وشروطه ولا الاستبدال به من الواقف الا اذا صدر بذلك اشهاد ممن يملكه لدى احدى جهات المحاكم الشرعية بالمملكة المصرية ، على الوجه المبين بالمادتين الثانية والثالثة وضبط بدفتر المحكمة » وفى المادة الثانية على أن « سماع الاشهادات المبينة بالمادة الاولى عدا ما نص عليه فى المادة الثالثة من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو اكثرها قيمة أو من يحيلها عليه من القضاة أو الموظفين . . » وفى المادة الثالثة على ان « سماع الاشهاد المشتمل على الحرمان الوارد فى الفقرة الاولى من المادة ٢٧ وسماع الاشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر قبل العمل بهذا القانون او بالتغيير فى مصارفه من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة التى بدائرتها اعيان الوقف كلها او اكثرها قيمة دون غيرها » يدل على ان سماع الاشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر بعد العمل بالقانون رقم ١٩٤٦/٤٨ كان من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية أو من يحيله عليه ، والى صدور المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١٨٠ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ظلت المواد ١ ، ٢ ، ٣ من القانون ١٩٤٦/٤٨ على حالها فيما يتعلق بالاوقاف على الخيرات ، وبصدور القانون رقم ١٩٥٥/٤٦٢ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية والنص فى المادة الاولى فيه على ان « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من

أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة امامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ الى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها » وفى المادة الثالثة على ان « ترفع الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية او التى كانت من اختصاص المجالس الملية الى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ » وفى المادة الخامسة على ان تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية او المجالس الملية عدا الاحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية او القوانين الاخرى المكملة لها » أصبح سماع الاشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر بعد العمل بقانون الوقف رقم ١٩٤٦/٤٨ من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية او من يحيله عليه . ولا وجه للتحدى بما نصت عليه المادة ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من ان « التصرف فى الاوقاف من عزل واقامة ناظر وضم ناظر الى اخر واستبدال واذن بعمارة او تأجير او استدانة او بخصومه وغير ذلك يكون من اختصاص هيئة تصرفات المحكمةالتى تكون فى دائرتها اعيان الوقف كلها او بعضها الاكثر قيمة او امام المحكمة التى بدائرتها محل توطن الناظر » ذلك ان القانون رقم ١٩٤٦/٤٨ قد حدد الاختصاص بسماع الاشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر بعد العمل بهذا القانون وناطه برئيس المحكمة الابتدائية او بمن يحيله عليه ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم اختصاص هيئة التصرفات بنظر طلب الرجوع عن الوقف الخيرى الصادر بعد العمل بقانون الوقف فانه لا يكون قد خالف القانون أواخطأ فى تطبيقه .

نقض ٣٦/١٧ ق (٦٩/١/٨) س ٦٧/٢٠

□■□

(المادة ١٣٩) : عدم احقية الواقف فى الرجوع عما وقفه قبل العمل بقانون الوقف ١٩٤٦/٤٨ .

يشترط فيما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١ من القانون ١٩٤٦/٤٨ — بشأن الوقف — حتى لا يكون للواقف حق الرجوع فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره ، ان يحرم الواقف نفسه وذريته ايضا من هذا الاستحقاق ، وان يحرم نفسه وذريته ايضا من الشروط العشرة بالنسبة لهذا الاستحقاق بحيث اذا تخلف أحد هذه الامور كان للواقف الرجوع فى وقفه . واذا كان الثابت من كتاب الوقف على نحو ما ثبته الحكم المطعون فيه عدم اجتماع الامور سالفة الذكر ، لان الواقف لم يحرم نفسه ولا ذريته من الاستحقاق : بل أنشأ الوقف على نفسه ثم من

بعده على بعض أولاد ابنه وهو ما يجيز له الرجوع فى هذا الوقف ، واذ قضى الحكم للمطعون عليهم الثلاثة الاول ـ أولاد ابنه ـ الاخرين بالاستحقاق الواجب لهم فى الوقف تطبيقا لاحكام المواد ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٧ ، ٣٠ من القانون المذكور ، فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا .

نقض ١٤/٣٨ ق (٧٢/٣/١) س ٢٨٦/٢٣

□■□

(المبدأ ١٤٠) : تحريم الرجوع فى الوقف السابق على العمل بالقانون ١٩٤٦/٤٨ ـ شرطه .

الظاهر من سياق نص الفقرة الثانية من المادة ١١ من القانون ٤٨/ ١٩٤٦ بشأن الوقف ـ وعلى ما جرى به قضاء النقض ـ ان المشرع قصد الى تحريم رجوع الواقف عن وقفه السابق على العمل بهذا القانون اذا حرم نفسه وذريته من الاستحقاق ومن الشروط العشرة وجعل الاستحقاق لغيره ، اذ لفظ الغير عام مطلق يشمل كل من عدا الواقف . جهة كان هذا الغير او من اهل الاستحقاق أهليا كان الوقف او خيريا ، فمتى توافرت شروط الاستثناء الواردة فى هذه الفقرة امتنع على الواقف ان يرجع عن وقفه ايا كان هذا الوقف ، ولا يدفع هذه الحجة ما يقال من ان المشرع قصد الى اباحة رجوع الواقف عن وقفه اطلاقا سواء كان ذلك قبل العمل بالقانون ١٩٤٦/٤٨ او بعد ذلك فيما عدا حالة وقف المسجد او ما وقف على المسجد بدليل انه افرد لهذه الحالة الاخيرة فقرة خاصة ـ هى الفقرة الثالثة من المادة ١١ ذلك ان الحكمة التى اقتضت هذا النص الخاص هى تقرير قاعدة شرعية أجمع عليها أئمة الفقهاء وهى عدم جواز الرجوع عن هذا الوقف متى انعقد سواء كان انعقاده قبل العمل بالقانون ١٩٤٦/٤٨ أو بعد ذلك ، ولا يجوز الرجوع فيه فى الاحوال التى يجوز فيها الرجوع فى الوقف الخيرى ، فالفقرة الثالثة تقرر حكما خاصا بالمسجد لا يغنى عنه ما سبق ان قررته هذه المادة من أحكام بشأن الاوقاف الخيرية الاخرى .

نقض ٦/٣٨ ق (٧١/٣/٢٤) س ٣٧٩/٢٢

□■□

(المبدأ ١٤١) : حق الواقف فى الانتفاع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب .

الوقف ـ بحكم كونه شخصا اعتباريا ـ له ان ينتفع باحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للملك اذ ليس فى القانون ما يحرمه من

ذلك . واذ كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على ان العين التى تحت يدها موقوفة وقفا صحيحا ولو لم يحصل به الاشهاد .

نقض ١٧/٧ ق (٤٨/٤/٢٢)

□■□

(المبدأ ١٤٢) : التسلب من عين الوقف على ملك الله .

التسلب من عين الوقف وجعلها على حكم ملك الله يقتضى تركها ، وتركها يجعلها سائبة معرضة للهلاك فتنعدم هى وغلتها التى تكون منها الصدقة المقصودة بالعقد فكان لزاما على الشارع الاسلامى وقد سمح بنظام يجعل هذه العين غير متروكة لاحد الى الابد ، أن يتبصر فيمن يحافظ عليها ويرعى شئونها ويبلغ غلتها المتصدق بها لوجه الله الى مستقرها . وقد تبصر فعلا فجعلها تحت ولاية القاضى الشرعى المفروض فيه العلم بماهية الصدقات المعتبرة شرعا والاضطلاع ديانة بامرها ، والاهتمام بايصالها لمستحقيها . ولكن الشارع مع ذلك جعل للواقف نفسه وهو صاحب المال الموقوف والاعلم عادة بمن هو أهل لحفظ هذا المال ورعايته ، ان يشترط النظر عليه لمن يشاء وجعل ولاية هذا الواقف الخاصة مقدمة على ولاية القاضى الشرعى العامة فاذا اشترط الواقف النظر لانسان ما فان هذا الشرط وان لم يكن متعلقا بعقد الوقف الذى هو اصل الوقف من حيث صحته وبطلانه ، فانه متعلق به اشد التعلق من حيث المحافظة على العين الموقوفة التى هى ركن من أركان العقد ، وضمان استغلالها وايصال الصدقة مستقرها . وكل نزاع فى هذا الشرط هو نزاع فى مسألة من المسائل المتعلقة باصل الوقف .

نقض ٧١/٤ ق (١٩٣٥/٥/١٦)

□■□

(المبدأ ١٤٣) : عدم اعتراف الشريعة الاسلامية باكتساب الملك بالتقادم واقرارها فى الوقت نفسه اليد الموضوعة على اعيان الوقف المتصرف فيها .

انه وان كانت الشريعة الاسلامية لا تعترف باكتساب الملك بالتقادم الطويل الا انها فى الوقت نفسه تقر اليد الموضوعة على أعيان الوقف المتصرف فيها ، فقد نص على منع سماع دعوى الوقف اذا تركت ثلاثا وثلاثين سنة بقيت فيها عين الوقف تحت يد غاصب منكر حقه فيها ، وجعل هذا المنع

جارياً بالنسبة الى دعوى الوقف على الوقف كما هو بالنسبة الى دعوى
وقف على المالك ، اذ نص الفقهاء على سماع دعوى الناظر الذى لم يسبق له
وضع يد ولا تصرف فى أرض لجهة وقفه اذا قام يعارض ناظر وقف آخر في
عين وضع هذا الناظر يده عليها وتصرف فيها مدة تزيد على ثلاث وثلاثين
سنة بلا معارض . واذ كان هذا هو حكم الشريعة الاسلامية فى هذه المسالة
فلا يصح أن ينعى على المحاكم المدنية تطبيق هذا الحكم الذى لا يتعارض مع
احكام القانون المدنى . أما القول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفة الا اذا
صدر بوقفها اشهاد شرعى فلا محل للتحدى به الا عند قيام النزاع فى وقف
العين المدعى بها وانكار الوقف من جانب واضع اليد عليها .

نقض ١٦/١٤ ق (١١/٣/٤٥)

□■□

وكـــالة

(المبدأ ١) : الوكيل الذى يقبض الدين يملك الخصومة فيه .

الوكيل من الموكل بمنزل الوارث من المورث فى حق الـدليل ، فمـا يسرى على هذا يسرى على ذاك فى الخصـومة ، فاذا غاب الوكيل اثنـاء الخصومة وحضر الموكل لزمه ما كان من الوكيل من اقرار وانكار الدليل والعكس بالعكس وهو فى هذا القدر مثل الوارث والمورث ـ مهـدية نقلا عن القنية .

٣٥/٤٩٣ اجا (٣٦/٩/٣٠) م ش ٧٤/١/١١

□■□

(المبدأ ٢) : الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فيه .

الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فيه بخلاف الوكيل بقبض العين

٣٥/٤٣٩ اجا (٣٦/١٠/٣٠) ٧٤/١/١١

□■□

(المبدأ ٣) : الوكالة لا تتوقت بوقت ولا تنتهى الا بانتهاء ما وكل فيه او بالعزل .

المنصوص عليه شرعا ان الوكالة لا تتوقت بوقت ولا تنتهى الا بانتهـاء ما وكل فيه أو بالعزل وما فى معناه (جزء ٢ من الفتاوى الانقـروية فى باب الوكالة) .

٤/١٧١ كوم حمادة (٤٢/٥/١٠) ت س م ش ٤٦/١/١٦

□■□

(المبدأ ٤) : الوكالة بالزواج ـ وقبض المهر لا تتقيد بالمجلس .

الوكالة بالزواج وقبض المهر لا تتقيـد بالمجلس لمـا ذكره ابن عابدين جزء ٤ ص ٥٧٨ قال : « وفى البزازية وكله بالتزويج فتزوجها (اى الوكيل) ووطئها وطلقها وبعد العدة زوجها من الموكل صح لبقاء الوكالة (سائحانى) فقد صرح ببقاء الوكالة الى ما بعد زواجها وطلاقها ومضى العدة .

٤٦/٦٣٣ ديروط (٤٧/٦/٢) ت س م ش ٢١٨/٢٠

(المبدأ ٥) : الوكالة عقد مستقل عن عقد الزواج .

الوكالة عقد مستقل عن عقد الزواج ، ولم تحرر قسيمة الزواج لاثبات الوكالة قصدا ، وانما قصد بتحريرها اثبات عقد الزواج ، كما انها ليست من الأمور التى تدخل تحت حس المأذون لأنه يجوز شرعا ان تكون فى غير مجلس العقد ، ولذلك كان الطعن على وثيقة الزواج الرسمية بانكار الوكالة مقبولا قانونا من الناحية الشكلية .

١٩٤٦/٤٤ سوهاج (٤٧/٢/٢٠) م ش ٤١٢/٢١

□■□

(المبدأ ٦) : اذا لم تثبت الوكالة فى مجلس العقد ، ليس معنى ذلك انتفاؤها .

اذا لم تثبت الوكالة فى مجلس العقد لم يكن معنى ذلك انتفاؤها فى الواقع لجواز أن تكون فى غير مجلس العقد ومن ثم كان للمدعى عليه تحليف الزوجة اليمين على نفس الوكالة .

١٩٤٦/٤٤ سوهاج (٤٧/٢/٢٠) م ش ٤١٢/٢١

□■□

(المبدأ ٧) : الوكيل بالخصومة فى جميع امور الزوجية وفى الاقرار بها يملك الاقرار بالطلاق .

الوكيل الذى اقر بالطلاق وكيل عن المستأنف عليه فى الخصومة فى جميع امور الزوجية بزوجته هذه وفى الاقرار بها ، فهو يملك الاقرار بالطلاق لان الوكيل فى الحقوق يملك الاقرار بغير الحدود والقصاص ، بل هو يملك الاقرار بالطلاق حتى على قول من يرى ان الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالاقرار ، لان الخلاف انما هو فى الوكيل بالخصومة فقط وهذا وكيل فى الخصومة والاقرار صراحة .

٢٦/١٤ ك س مصر (٣٧/٥/٢٠) م ش ١٤٧/٩

□■□

(المبدأ ٨) : مدى وكالة ناظر الوقف عن المستحقين .

وكالة ناظر الوقف عن المستحقين تقف عند حد المحافظة على حقهم فى الغلة وفى العناية بمصدر هذا الحق وهو الاعيان دون ان تمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق مما ينبنى عليه أن الحكم الذى يصدر ضد ناظر الوقف بصفته ممثلا لوقف ومنفذا لكتاب الواقف ماسا باستحقاق مستحقين لم يمثلوا بأشخاصهم فى الخصومة لا يلزم هؤلاء المستحقين ولا يعتبر حجة عليهم بل يبقى لهم حق الاعتراض على ذلك القضاء بالطرق المقررة قانونا .

نقض ٢٧/٣٠ ق (٥٩/٣/٥) س ٢١٤/١٠

ولاية عــــامة

(المبدأ ١) : ولاية المسلمين فى دار الاسلام عامة .

ان ما يستخلص من كتب فقهاء الحنفية ، وهم الذين عرضوا أكثر من سواهم لهذا الموضوع ، هو ان ولاية المسلمين فى دار الاسلام عامة تشــمل الذميين كما تشمل المسلمين على السواء ، وان اهل الذمة خاضعون لاحكام الاسلام الا فيما يقرون عليه من الامور الخاصة بمعتقداتهم .

نقض ٦٦/١٠ ق (٤٣/٤/١٠)

□■□

(المبدأ ٢) : الولاية صفة لازمة للولى .

ان الولاية صفة لازمة للولى لا تسقط عنــه مهما طال الزمن لتعلقها بحق المولى عليه ، فلا يملك اسقاطها الا بالموافقة على عقــد الولى الابعــد بصريح العبارة .

٣٥/١٤١٢ س ك دمنهور (٥٠/٩/٦) م ش ٥٢٥/٢١

□■□

(المبدأ ٣) : ولايــة الاب تعم النفس والمــال وهى مقيــدة بالنظــر والمصلحة .

ولاية الاب تعم النفس والمال ، وهى مقيدة بالنظر والمصلحة ، وليس من النظــر ان يمتنــع عن الانفاق على اولاده او ان يسىء اليهم او ان يهمل شئونهم ويتخلى عن تربيتهم ، فيكون للقاضى ــ بما له من الولاية العامة ــ أن يسقط عنه هذه الولاية ، وهو ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المــادة الثالثة من المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٨ بقولها انه : « يجوز ان تسلب او توقف كل او بعض حقــوق الولاية بالنســبة الى كل او بعض من تشملهم الولاية اذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو ســلامته أو اخلاقه او تربيته بسبب سوء المعاملة او سوء القدوة نتيجــة الاســتهتار بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية او سوء التوجيه . واذ جرى الحكم المطعــون فيه على ان : « حالات سلب الولاية على النفس او الحد منها او وقفها حددها الشارع فى المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٨ وليس من بينها حالات امتناع الزوج عن الانفاق على زوجتــه

واولاده او غضبه مع زوجته وتركه منزل الزوجية وليس فى مسلكه هذا ما يعرض صحة اولاده او سلامتهم او اخلاقهم او تربيتهم للخطر » وهى تقريرات قانونية خاطئة تحجب بها عن تحقيق ما نسبته الطاعنة الى المطعون عليه من امور لو صحت لكان من شأنها سلب ولايته او الحد منها أو وقفها فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه وجاء مشوبا بالقصور

٣٥/٥ ف (٦٦/٦/٢٢) م س ١٤٢٧/١٧

□■□

(المبدأ ٤) : الولى فى النكاح سفير ومعبر فلا يرجع اليه بشىء من حقوق عقد النكاح .

الولى فى النكاح سفير ومعبر ولا يرجع اليه بشىء من حقوق عقد النكاح ، لان النكاح عقد انضمام وازدواج ، وليس المهر جزءا من مفهومه بل هو حكم من احكامه ، ولذا لا يملك الولى قبض مهر ابنته بعد بلوغها اذا نهته عن قبضه ، ولا كذلك عقد البيع ، لان الولى اصلى فيه فله ولاية قبض الثمن بحكم الابوة لا باعتبار انه عقد كما نص على ذلك فى الجزء الثانى من الدر المختار ورد المحتار ص ٣٦١ .

٣٧/٣٤٨ س ك بنى سويف (٣٨/١١/٢٧) م ش ١٦٧/١٠

□■□

(المبدأ ٥) : اذا باشر الولى الأبعد العقد مع وجود الاقرب توقف العقد على اجازة الاخير .

اذا باشر الولى الابعد العقد مع وجود الولى الاقرب توقف العقد على اجازة الولى الاقرب ، فان لم يجز الولى الاقرب العقد حتى بلغ الصغير انتقل حق الاجازة اليه ، وتكون الاجازة بالرضا صراحة او دلالة ، كتبقى المهر ونحوه ومجرد السكوت لا يعتبر اجازة .

٣١/٦٧١ نجع حمادى (٣٢/٦/٢٦) م ش ٢٦٢/٦

□■□

(المبدأ ٦) : لا يصح عقد الولى الابعد بطريق الوكالة مع وجود الاقرب .

اذا باشر الولى الابعد العقد بطريق الوكالة مع وجود الاقرب ، فلا يصح عقد الابعد ، ولا ينقلب وليا فى هذه الحالة .

٥٠/٢٧ ك س دمنهور (٥٠/٩/٦) م ش ٥٢٥/٢١

(المبدأ ٧) : اذا وكلت الصغيرة المميزة وليها الذى له ولاية تزويجها فى اجراء عقد زواجها كان مباشرا لهذا العقد بصفة الولاية لا بصفة الوكالة

(المبدأ ٨) : ولا يهم النظر فى صحة هذه الوكالة من عدمها .

جاء فى الفتاوى الهدية جزء ١ ص ٣٠ جوابا على سؤال فيما اذا زوج الاجنبى الصغيرة من غير اذن وليها . « انه اذا زوج الفضولى الصغيرة ولها ولى توقف على أجازته فان أجاز نفذ وان رده بطل » كما أن الصغيرة لو زوجت نفسها بدون اذن لم يبطل زواجها ويكون موقوفا على اجازة وليها - فقد جاء فى جامع الفصولين فى باب تصرفات الفضولى من فتاوى القاضى ظهر الدين : « ان الصبى والصبية لو زوجا نفسهما بلا اذن فاجازه الولى جاز » وجاء فى الفتاوى المهدية أيضا ما يأتى : «سئل فى رجل له ولد قاصر أراد أن يتزوج وهو قاصر فتزوج الولد القاصر بنتا قاصرة وقبل النكاح لنفسه من غير وليه ومكث معها مدة وبعد موت والده طلقها وهو قاصر أيضا ، فهل عقد القاصر بنفسه لنفسه مدة حياة والده غير صحيح .. الخ. تزوج الصبى المميز موقوف على أجازة وليه ، فان أجازه نفذ ، وان رده بطل ، ولا يصح طلاق الصبى » ومن هنا يتضح أن الصغيرة المميزة اذا باشرت عقدها بنفسها لا يقال أن العقد باطل بل يكون متوقفا على اجازة وليها . فاذا وكلت عنها فى ذلك أيضا أن توكيلها باطل فلا يصح العقد ، بل ينظر الى من وكلته ، فان وكلت من له ولاية تزويجها كان التوكيل لا اثر له لأن الولى قد باشر العقد بصفة الولاية ، وان وكلت غيره كان كل ذلك موقوفا على اجازة من له الولاية .

٤٨/٣٩٥ طلخا (٤٨/٩/١٣) م س ٢٠/٣٤٥

□■□

(المبدأ ٩) : للولى الأب سلطة التصرف فى مال القاصر الذى تبرع له بجميع التصرفات ومنها رهنه لدين على الولى نفسه . تحلل سلطته من القيود الواردة بالمرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ فى هذا الخصوص .

اذ اورد المرسوم بقانون ١٩٥٢/١١٩ الذى نظم أحكام الولاية على المال فى المواد ٦،٧،٨،٩،١٠،١١ قيودا يرد بعضها على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر ، ويرد البعض الآخر على حقه فى ادارة هذا المال وذلك حماية لمصالح الغير ، وكانت المادة السادسة قد نصت على انه «لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار للقاصر لنفسه اولزوجته او لأقاربه او لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه ، ونصت المادة الثالثة عشر على أنه : « لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل الى القاصر من مال عن طريق التبرع من أبيه صريحا

كان التبرع أو مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » وكان قد جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا المرسوم بقانون تعليقا على هذه المادة أنه : « قد رؤى من الاسراف اخضاع الولى للقيود المتقدم ذكرها فيما يتعلق بالتصرف فى المال الذى يكون الولى نفسه قد تبرع به للقاصر سواء أكان التبرع سافرا أم مستترا فنصت المادة الثالثة عشر على أن القيود المنصوص عليها فى هذا القانون لا تسرى على ما آل الى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا وان الأب لا يلزم بتقديم حساب عن هذا المال ، والمقصود بهذا النص اعفاء الولى من اجراءات الحصول على اذن من المحكمة حيث تشترط الاذن لجواز التصرف واعفائه كذلك من الأحكام الخاصة بالالتزام بالجرد وتقديم الحساب والمسئولية عند التجهيل » واذ ورد نص المادة الثالثة عشر سالف البيان عاما مطلقا من اى تحديد ولم يخصص القيود التى نص على عدم سريانها ولم يقصرها على قيود الاشراف والرقابة واعفى الأب — على ما ورد فى المذكرة الايضاحية فى تفسيرها هذا النص — من الالتزام بتقديم الحساب ومن الالتزام بالجرد فى الحالة التى يكون فيها المال قد آل الى القاصر بطريق التبرع من أبيه ، فان مفاد ذلك كله ان جميع القيود الواردة فى المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١١٩ على حق الولى فى التصرف فى مال القاصر او فى ادارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود اشراف ورقابة أو قيود حظر موضوعية لا تسرى على ما يكون الولى الأب قد تبرع به من مال للقاصر صريحا كان هذا التبرع او مستترا ويكون للولى التصرف فى هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه فى دين على الولى نفسه وذلك دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص .

نقض ٣٤/٥١٦ ق (٦٨/١٢/٣١) س ١٩/١٦٠٠

□■□

(المبدأ ١٠) : الولاية فى مال الصغير للاب ووصيه ثم وصى وصيه ولو بعد (١) .

جاء فى جامع الفصولين فى الباب السابع والعشرين من قوله «الولاية فى مال الصغير الى الأب ووصيه ثم وصى وصيه ولو بعد ، فلو مات ابوه ولم يوص فالولاية الى اب الأب ثم الى وصيه فان لم يوص فللقاضى ومن نصبه القاضى ... ولكل هؤلاء ولاية التجارة بالمعروف فى مال اليتيم ولهم ولاية الاجارة فى النفس والمال والمنقول والعقار ، فلو كان عقدهم بمثل الغبن او يسير القيمة صح ، وقال بعد ذلك لو شهدوا ان القاضى باع مال اليتيم بكذا وقيمته اكثر يفسخ .

٤٢/٢١٩ س ك مصر (٤٤/٢/٨) م ١٢٨/٦/١٦

---

(١) راجع المادة ١ ق ١٩٥٢/١١٩

(المبدأ ١١) : ولاية ذى الولاية على النفس مقيدة بمصلحة الولد .

ولاية ذى الولاية على النفس مقيدة بتحقيق مصلحة الولد ، فاذا انتفت المصلحة زالت الولاية على النفس والمال .

٤٨/٢٩٥ العطارين (٤٨/٤/٢٠) ت س م ش ٢٠/٢٤٠

□■□

(المبدأ ١٢) : الولاية تنقسم قسمين ولاية على النفس وولاية على المال

نص الفقهاء على ان الولاية تنقسم الى قسمين ، ولاية على النفس وولاية على المال ، وان الولاية على النفس تثبت للبنوة ثم الابوة ثم الاخوة ثم العمومة ـ وانه اذا اتحد شخصان فى الدرجة والقوة كابنين وأخوين شقيقين ثبتت الولاية لكل منهما لأننا لو قدمنا أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وقد اشترطوا فى الولى ان يكون حرا بالغا عاقلا (الجزء الثانى من ابن عابدين والزيلعى والفتح فى باب الولوى) .

٤٨/٢٧٠ اللبان (٤٨/١٠/٢٧) م ش ٢٠/٢٢٨

□■□

(المبدأ ١٣) : الولاية فى الضم عند تعدد الأخوة للافضل صلاحا وورعا .

جاء فى البدائع جزء ٤ ص ٤٣ : « ولو كان لها ثلاثة كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم سنا.

٤٨/٢٧٠ اللبان (٤٨/١٠/٢٧) م ش ٢٠/٢٢٨

□■□

(المبدأ ١٤) : ولاية ضم البكر نوع من الولاية على النفس .

ولاية ضم البكر البالغة نوع من الولاية على النفس تثبت لكل واحد من الإخوة الأشقاء متى تحققت فيه شروط الولاية شرعا .

٤٨/٢٧٠ اللبان (٤٨/١٠/٢٧) م ش ٢٠/٢٢٨

□■□

(المبدأ ١٥) : ولاية الضم لا تثبت مع الضرر .

ولاية الضم لا تثبت مع الضرر .

٤٨/٢٧٠ اللبان (٤٨/١٠/٢٧) م ش ٢٠/٢٢٨

□■□

(المبدأ ١٦) : متى ثبت الجنون فالأب ولى طبيعى لا يحتاج الى اذن القاضى .

الجنون لا يثبت الا بحجة تامة ، واذ ثبت متى ثبت عن طريق شرعى تكون الولاية على المجنون لأبيه ، وهو الذى يخاصم عنه ، ولا يتوقف ذلك على اقامته قيما عليه من قبل القاضى ، لأن الولاية الطبيعية ثابتة له على ابنه كما نص على ذلك فى جزء ٦ من الفتاوى الهندية ص ٩٩ ، ١٠٨ ، ١٠٩ .

١٩١٥/٣٣ الجمالية (١٠/٥/٣٥)　　　　م ش ٨/٢٠٣

□■□

(المبدأ ١٧) : الولاية فى الزواج للعصبة وسائر الأقارب مرتبة حسب ترتيب الارث .

الولاية فى الزواج للعصبة وسائر الأقارب مرتبة بترتيب الارث يقدم من كان من جهة البنوة ـ الابن وابن الابن وان نزل ـ ثم من كان من جهة الأبوة ـ الأب وأب الأب وان علا ـ ثم من كان من جهة الأخوة ـ الاخ الشقيق والأخ لأب وابن كل منهما ـ ثم من كان من جهة العمومة ـ العم الشقيق والعم لأب وابن كل منهما وان نزل ـ ثم سائر الأقارب من أصحاب الفروض وذوى الأرحام .

٣٩/٨٨ كرموز (١٨/٤/٤٠)　　　　م ش ١٢/١/١٠٢

□■□

(المبدأ ١٨) : الولى فى النكاح هو العصبة بنفسه حسب ترتيب الارث

الولى فى النكاح هو العصبة بنفسه على ترتيب الارث فتكون للابن وان نزل ثم للاب وان علا ثم للاخ الشقيق .

٤٦/٨٩ الوايلى (١٦/٣/٤٧) ت س　　　　م ش ١٩/٣٣٦

٢٧/٥٠ ك س دمنهور (٦/٩/٥٠)　　　　م ش ٢١/٥٢٥

□■□

(المبدأ ١٩) : مجرد حضور الولى مجلس العقد لا يعتبر اذنا شرعيا.

ان حضور الولى مجلس العقد لا يعتبر اذنا ، فقد جاء فى الفتاوى الهندية جزء خامس ص ٦٩ بأن المأذون « ولو رأى عبده يتزوج أو رأى امته زوجت نفسها فسكت فالصحيح انه يصير مأذونا ـ وجاء فى الزيلعى جزء ٥ ص ٢٠٤ اذا رأى عبده يتزوج او أمته تتزوج فسكت لا يكون اذنا منه بالزواج اذن فمجرد حضور الولى مجلس العقد هذا لا يعتبر اذنا بالزواج .

٤٦/٨٩ الوايلى (٦/٣/٤٧) ت س　　　　م ش ١٩/٣٣٦

(المبدأ ٢٠) : ولاية الأب مقيدة بتحقيق مصلحة الابن فاذا انتفت المصلحة زالت الولاية فى النفس والمال .

نص الفقهاء على ان ولاية الأب ثابتة فى النفس والمال جميعا ومن بعده تكون فى النفس للعصبة بترتيب الارث ، وفى المال لوصيه ثم للجد ووصيه ثم للقاضى العام . وقالوا ان ولاية الأب مقيدة بالنظر والمصلحة للصغير فاذا لم تتحقق مصلحة الصغير زالت ولاية الأب فى النفس وفى المال جميعا ومن مسائل سلب الولاية فى النفس « العضل » التى يستقل فيها القاضى بتزويج الصغيرة اذا عضل الأب وابى ان يزوجها للكفء وبمهر المثل . وأما سلب الولاية فى المال فان الذى يمثل القاضى فيها الآن المجلس الحسبى ومنها ما ورد فى البدائع ان الأخوة او الأعمام لو كانوا غير مامونين على نفس الصغيرة أو مالها لا تسلم اليهم المحضونة ، وينظر القاضى امراة ثقة عدلة امينة فيسلمها اليها الى ان تبلغ ا.هـ.

١٨٧/٣٤ عابدين (١٩/١٠/٣٥) ت س م ش ٢٣٠/٧

□■□

(المبدأ ٢١) : حق الأب فى التصرف فى عقار القاصر ـ دون اذن المحكمة شرطه .

النص فى المادة ١/٧ من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١١٩ باحكام الولاية على المال على انه « لا يجوز للأب ان يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الاوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلاثمائة جنيه الا باذن المحكمة » يدل على أن العبرة عند تطبيق هذا النص بقيمة العقار وقت التصرف فيه ، فان المحكمة بتقديرها تلك الارض وقت بيعها بالثمن الذى اشتراها به الطاعن تكون قد اخطأت فى تطبيق القانون .

كان شراء الارض فى سنة ١٩٥٦ وبيعها فى سنة ١٩٦٣ .

نقض ٤٥/٧١ ق س ٣٠ ص ٤٠٨

□■□

(المبدأ ٢٢) : لا ولاية للولى الأبعد مع وجود الأقرب .

لا ولاية للولى الأبعد مع وجود الولى الأقرب ذى الأهلية فاذا غاب غيبة منقطعة ، أو عضل كان للابعد فى الأولى وللقاضى فى الثانية تزويج عديمات الاهلية .

٢٧/٥٠ س ك دمنهور (٦/٩/٥٠) م س ٥٢٥/٢١

٢٣٩/٤٠ س ك مصر (٢١/٦/٤٢) م ش ١٥

□■□

(المبدأ ٢٣) : ولاية الأب على الصغير مقيدة بتحقيق مصلحته شرعا . واذا تعارض حق الصغير من وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه ، مع حق ابيه فى ضمه اليه ، وجب على القاضى بما له من الولاية العامة رعاية حق الصغير تحقيقا لأرجح المصلحتين .

ان ولاية الأب على الصغير نفسه أو على ماله مقيدة شرعا بتحقيقها مصلحة الصغير الذاتية والمالية . وقد نص فى كتب الفقه فى باب الحضانة والولاية على أنه اذا تعارض حق الصغير من وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه مع حق ابيه فى ضمه اليه ، وجب على القاضى بما له من الولاية العامة ، وبما له من حق الاشراف على أصحاب الولاية الخاصة ، وحق النظر فى أمور الكافة ، رعاية حق الصغير بقدر ما يستطيع ، ولو ترتب على ذلك سقوط حق ابيه رعاية لأرجح المصلحتين ، اذ أن حق الصغير فى باب الحضانة مقدم شرعا على حق أبيه . ولذلك نص الفقهاء على ضرورة سلب ولاية الأب عن الصغير فى النفس والمال اذا كان فى بقائها ضياع لنفسه أو ماله ، واذا سلبت ولايته عنه انتقلت الى من يليه من الأولياء على ترتيب الميراث شرعا .

١٤٠/٥٣ المنيا (١٦/٥/٥٤)　　　　م ش ٣٧٠/٢٤

□■□

(المبدأ ٢٤) : الأب ليس حرا فى الذهاب باولاده كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم ، بل هو مقيد بمصلحتهم حسب حاله ، وعرف زمانه .

من فروع ولاية الأب أنه اذا بلغ الصبى عنده حد الكسب دفعه الى عمل يتكسب منه للانفاق عليه وذلك فى الذكور خاصة . اقول ويجب ان يكون ذلك شرعا فى عامة الناس وفقرائهم بدليل ان مشايخنا رضى الله عنهم اوجبوا النفقة للابن على والده متى كان عاجزا عن الكسب لاشتغاله بطلب العلم وكان ابوه قادرا على ذلك . فدفع الصبى الى حرفة يتكسب منها مقدار نفقته مقيد بفقر الأب وعدم استطاعته دفع ابنه الى حرفة من الحرف العالية التى لا يمكن الوصول اليها الا بالدراسات العالية كالطب والمحاماة ونحوها والاسلام دين الكمال ، ولا يمكن أن تكون شريعته داعية الى دفع جميع صبيان الأمة الى الحرف الدنية وترك الصناعات العالية الى أهل الشرك والكفر فقط والا لكان الضعف والهمجية ، ولا يقول بذلك الا جاهل أو زنديق . ومن ذلك يتضح أن الأب ليس حرا فى الذهاب باولاده كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم بل هو مقيد بمصلحتهم حسب حاله وعرف زمانه بدون نظر الى حال جد الأولاد أو الى مهنته .

١٨٧/٣٤ عابدين (١٦/١٠/٣٥) ت س　　　　م ش ٢٣٠/٧

(المبدأ ٢٥) : لا ينظر فى الولاية على النفس الى كبر السن الا عند اتحاد الدرجة .

حيث ان المدعى اعترف بان سن المدعى عليه وقت الحكم له بضم اخوته كانت فوق الخمس عشرة وهذا كاف فى اهليته للضم ، حيث لم يطعن فيها بمطعن من الطعون الشرعية ، وكونه طالب علم لا يجعله غير أهل للضم، والا لكان شرط الأهلية للضم ان يكون عالما ، ولا قائل بذلك فى اية شريعة ، على أن كونه طالب علم حاصل على شهادة معتبرة من الدولة وانه فى المدارس الثانوية مما يقتضى افضليته على غيره عند تساوى درجة العصبة ، فما بالك لو بعدت . هذا وأن الولاية على النفس ، ومنها ولاية الضم تعتمد بلوغ حد التكليف الشرعى لا بلوغ سن الرشد اذ هو شرط فى الولاية على المال لا فى الولاية على النفس ، وفرق بينهما ، ولا ينظر الى الأول الا عند اتحاد الدرجة .

٣١/٧٣٠ كرموز (٣١/٣/١٩)ت س م ش ٩٥٢/٧

□■□

(المبدأ ٢٦) : لا مانع من تولى الشخص الواحد طرفى العقد .

نص شرعا على أن الولى غير الأب والجد كالعم مثلا اذا قبض المهر عن الصغيرة وكان وصيا ، فللصغيرة اذا بلغت أن تطالب وليها بالصداق دون زوجها . اما اذا لم يكن وصيا عليها فتطالب الوصي دون الزوج ما لم يبلغ الزوج ، فاذا بلغ فلها أن تطالب ايهما شاءت . وفى حالتنا ـ ادعت المدعية فى دعواها بأن المدعى عليه الثانى هو عمها ووليهما والوصى عليها حين كانت قاصرة ، وقد قبض مهرها عنها ، فلها اذن ان تطالبه بباقى المهر دون زوجها وعلى ذلك لا تتوجه المطالبة على الزوج (انظر الفتاوى الهندية ص ٣١٩ ، ٣٢٦ جزء اول) .

ولا مانع شرعا من أن يتولى طرفى العقد شخص واحد يكون مطالبا ومطالبا ، فيكون مطالبا بالمهر عن الزوجة ويكون مطالبا به عن الزوج . الاول بحكم وصايته عليها والثانى بحكم ولايته عليه .

٣١/٢٦٠ سمالوط (٣٢/٦/٤) م ش ٧٧٩/٤

□■□

(المبدأ ٢٧) : الفسق لا يسلب ولاية الضم .

الفسق لا يسلب ولاية الضم لأن الأب اذا كان فاسقا فى ناحية غير ناحية المحافظة والصيانة ، فلا يسلبه ذلك هذا الحق .

٤٠/٢٢٣٩ س ك مصر (٤٢/٦/٢١) م ش ١٩٣/١٥

(المبدأ ٢٨) : الحد من ولاية الجد على الصغير يمنعه من مباشرة تصرفات معينة فى ماله بلا اذن ولا أثر له على ولايته على الصغير نفسا ومالا .

الحد من ولاية الجد لا أثر له فى سلب ولايته على الصغير نفسا ومالا لأن معناه منع الجد من أن يباشر تصرفات معينة فى مال الصغير الا باذن من المجلس الحسبى ، وهذا الحد على هذا الوجه لم يمس الولاية الثانية للجد على الصغير فى نفسه وماله .

٢٤/٧٤١ س ك مصر (٣٥/٢/١٢) م ش ١٨٢

□■□

(المبدأ ٢٩) : القاضى له الولاية العامة وله مراقبة اصحاب الولاية الخاصة .

القاضى له الولاية العامة وله مراقبة أصحاب الولايات الخاصة حتى اذا خرج احدهم عن حدود ولايته كان للقاضى سلب تلك الولاية منه واعطاؤها لغيره طبقا للمنهج الشرعى .

٢٤/١٧٨ عابدين (٣٥/١٠/١٩) ش س م ش ٢٣٠/٧

□■□

(المبدأ ٣٠) : ثبوت ولاية المسلم على الكافر فيما عدا ولاية التزويج بالقرابة والتصرف فى المال .

الفقه يقضى بثبوت ولاية المسلم على الكافر ، وبعدم ثبوت ولاية الكافر على المسلم قال تعالى « ولن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلا » وهذا عام ولم يستثن الفقه من ثبوت ولاية المسلم على الكافر الا ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف فى المال ، وفيما عدا ذلك تثبت ولاية المسلم على الكافر ولا تثبت ولاية الكافر على المسلم قال تعالى « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » قال فى الفتح كما لا تثبت ولاية الكافر على مسلم فكذلك لا تثبت لمسلم على كافر اعنى ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف فى المال الا أن يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا فتثبت له ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف فى المال لأن سلطان المسلمين تثبت له الولاية العامة على الجميع — وفى المبسوط ان الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر لولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم لأن الكفر يسلب اهلية ولاية الكافر على المسلم لأن ولاية النكاح بالقرابة وولاية التصرف فى المال التى لم تثبت للمسلم على الكافر مبناها التوارث

ولا توارث مع اختلاف الدين ــ أما سائر أنواع الولاية فثـابتة للمسلم على الكافر ، وكذا للمسلم حق الطاعة على زوجته الكافرة وله حق الصيانةعلى موليته غير المسلمة .

٢٢٣٩/٤٠ س ك مصر (٤٢/٦/٢١) م ش ١٩٣/١٥

□■□

(المبدأ ٣١) : لا تأثير لسلب ولاية الاب على مال ابنه فى ولايته على نفسه ، فلا يجاب العم الى طلب ضم الصغير اليه لذلك .

لا تلازم بين الأمانة على المال والأمانة على النفس ، فسلب ولاية الأب على مال بنتـه لا تستلزم سلب ولايتـه على نفسها ، اذ المال دون النفس والعرض والشرف ، وسلب ولايته على الأدنى لا يوجب سلبها على ما فوقه ، فقد يكون الشخص مبذرا يصرف المال فى غير سبله المشروعة وبغير حساب، وهو فى الوقت نفســه غيور على عرضــه وشرفه يرى انه أعز شىء لديه فى الحياة ، ويدافع عنه دفاع المستميت وتأبى عليه نفسه أن يثلم عرضه أو يمس شرفه سوء ، وهذا مشاهد ومعروف . وظاهر من المقـارنة انه من سلبت ولايته على مال الصغير أحسن حالا من المحجور عليــه للسفه ، اذ الأول ممنوع من التصرف فى مال غيره فقط ، وهو الصــغير ، وله الحرية الكاملة فى مال نفسه ، يتصرف فيه كيف يشاء . أما الثانى فانه ممنوع من التصرف فى مال نفسه كما هو رأى صاحبى ابى حنيفة رضوان الله عليهم ، وعليه العمل الآن ، فقد نص على أن تصرفات المحجور عليه للسفه ان كانت تحتمل الفسخ ، ويبطلها الهزل ، كالبيع والهبة والرهن والاجارة منع منها وتقع باطلة . وان كانت لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل كالنكاح والطـلاق فهى نافذة وحكمه فيها كالعاقل البالغ الرشيد ولا يحجر عليه فيها (جزء ٥ من ابن عابدين فى باب الحجر) ونص على ا ن الصغير متىتجاوز سن الحضانة يضم لأبيه أو جده لأن لهما ولاية الضم ، ولأن الصغير يحتاج الى التحصين والحفظ ، والأب فى ذلك أقوى واهدى ، فان لم يكن له اب او جد او اخ أو عم فله حق الضم بشرط الا يكون مفســدا ، فان كان كذلك فلا يمكن من الضم ، وعلى أنه اذا بلغ الصغير حد الكسب يدفعه ابوه الى عمل يتكسب منه أو يؤجره وينفق عليه من أجرته الا اذا كان الأب مبذرا ، ويخشى منــه اتلاف كسبه ، فلا يدفع كسب ابنه اليه كسائر املاكه ، بل ينصب القاضى وصيا يحفظ أملاكه عنده (جزء ٢ من ابن عابدين فى باب الحضانة) .

ومن حيث أنه يستنتج من هــذه النصــوص أمران الأول ان ولاية المحجور عليه للسفه ــ على النفس ــ ثابتة له ولا تزول بالحجر عليه لأنه مقيد بالمال فقط ، واذا كانت ثابتة له فهى ثابتة لمن سلبت ولايته على مال

الصغير بالأولى . الثانى ان ولاية الأب على ضم الصغير اليه ثابتة له ولو كان غير أمين على ماله ويكون القول بأن من لا يكون امينا على النفس لايمكن ان تسلم المحكمة به .

١٠٩٣/٢٤ الفيوم (٣٥/٨/٢٧) ت س م ش ٢٢٢/٧

□■□

(المبدأ ٣٢) : معاش القاصر ، صرفه لوالدته لا يسلب الجد الصحيح ولايته فى ادارة أمواله .

تقضى المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١٩٥٢/١١٩ بأن يقوم الولى على رعاية أموال القاصر ، وله ادارة هذه الاموال والصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى القانون المذكور . ولما كان المستفاد من نص المادة١٣ من قرار وزير الخزانة رقم ١٩٦٥/٧٤ الذى أصدره تنفيذا لقانون التأمين والمعاش رقم ١٩٦٣/٥٠ انها خاصة بتحديد من يصرف اليه معاش القاصر، وتضمنت النص على صرفه لوالدته التى تقوم بحضانته ، وذلك الى ان يعرض الأمر علىمحكمة الأحوال الشخصية وتصدر قرارا فىهذا الخصوص بما تراه متفقا مع مصلحة القاصر ، دون أن يدخل النص تغييرا فى أحكام القانون سالف الذكر ، فيسلب الجد الصحيح ولايته فى شأن معاش القاصر ويضيفها على والدته ، بل لا زال هذا الجد هو المسئول عن اموال القاصر بما فيها معاشه ، وعليه تقديم حساب مؤيد بالمستندات عن ادارتها طبقا لما تنص عليه المادتين ٤٦ ، ٤٥ من المرسوم بقانون المشار اليه ، يؤكد هذا النظر ما نصت عليه المادة ١٣ سالفة الذكر من ان للمحكمة ان تقرر صرف المعاش لشخص آخر ، لما كان ذلك ـ فانه يكون من حق الولى الجد مراقبة الصرف على القاصر والالتجاء الى محكمة الأحوال الشخصية لتحديد نفقة مناسبة وايداع ما يتبقى من المعاش لحسابه فى احد المصارف .

نقض ٩٣/١١ (٧٣/١/٣) س ٢٩/٢٤

□■□

(المبدأ ٣٣) : اذا انتهت الولاية فى الزواج الى الأم وطلبت بطلان عقد زواج ابنتها الصغيرة لحصوله من غير اذنها اجيبت لطلبها .

ان ولاية تزويج الحر الصغير مميزا كان او غير مميز ، والكبير الملحق به لجنون أوعته ، لعصبته أو سائر اقاربه ، فان لم يوجد له ولى مستوف شروط الولاية من عصبته وسائر اقاربه فولاية تزويجه للقاضى ، وترتيب

العصبة فى الولاية كترتيبهم فى الارث فيقدم من كان جهة البنوة أى الابن وابن الابن وان نزل ثم من كان من جهة الأبوة اى الأب واب الأب وان علا ثم من كان من العمومة أى العم الشقيق والعم لأب وابن كل منهما وان نزل، فان لم يوجد عاصب من هؤلاء انتقلت الولاية الى سائر الأقارب من اصحاب الفروض وذوى الأرحام فأم الأب فأم الأم .. الخ ما ذكره الفقهاء ».

٢٩/٨٨ كرموز (١٧/٤/٤٠) م ش ١٢/١/١٠٢

□■□

(المبدأ ٣٤) : تطبيق ما تضمنه قانون المرافعات من أحكام عامة على الدعاوى التى نظمها الكتاب الرابع منه ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص مخالف لتلك الأحكام دون حاجة الى النص على الاحالة اليها .

لما كانت الأحكام الواردة بالكتاب الرابع من قانون المرافعات قد أضيفت اليه بالقانون رقم ١٢٦/١٩٥١ وأصبحت جزءا مكملا له ، فان مقتضى ذلك تطبيق ما كان يتضمنه هذا القانون من أحكام عامة قبل هذه الاضافة على الدعاوى التى نظمتها النصوص المضافة فى كل ما لم يرد فى شأنه نص جديد خاص مخالف لتلك الاحكام وذلك دون حاجة الى النص على الاحالة اليها ؛ أما علة النص على الاحالة فى المادة ١٠١٧ الواردة فى الفصل السادس من الباب الرابع المعنون « فى الاجراءات الخاصة بالولاية على المال » فان الفصل المذكور خاص بالقرارات والأوامر التى تصدر فى مسائل الولاية على المال وطرق الطعن فيها وقد أراد المشرع أن يجرى على هذه القرارات والأوامر ما يسرى على الأحكام القضائية من الأحكام الواردة فى الباب العاشر والثانى عشر والثالث عشر من الكتاب الأول فنص فى المادة ١٠١٧ على اتباع تلك الأحكام فيما عدا ما نص عليه فى المواد الواردة فى الفصل السادس المذكور وبغير هذه الاحالة ما كانت تسرى الاحكام الواردة فى الأبواب الثلاثة المذكورة لأنها خاصة بالأحكام القضائية دون القرارات والأوامر .

نقض ٦/٢٩ ق س ١٢ ص ٣٠

□■□

هجــــر

(المبدأ ١) : الهجر فى المضجع مدة لا تحتملها الزوجة يبيح التطليق للضرر .

وحيث تبين أن المدعية شابة تخشى على نفسها الفتنة وقد هجرها زوجها ذلك الهجر غير المشروع وبذها وحيدة ضعيفة على جزع تتألم من الوحشة وتنزعج من الألم بعد أن شرب عصارة ماء حياتها مدة تزيد على اربع سنين كان ختامها مدة الحبس فليس من الانصاف أن تبقى هذه الزوجة هكذا معلقة فلا هى تتصل بزوجها ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجا غيره كل هذا الزمن الذى يصعب عليها معه المحافظة على عفتها وشرفها لأن هذا أمر لا تتحمله الطبيعة لأن الزوجة انما خلقت لتكون زوجة محبوبة يسكن اليها الزوج ويحوطها مظاهر العطف والسعادة الممزوجة بالمودة والرحمة فهجر الزوج اياها شقاء لها ربما أدى الى لهيب فتن شعواء اذ ليس أضر على الزوجة من الهجر فهو مدعاة الى سقوطها فى هوة سحيقة من الغواية والضلال فاذا ما تهاون الزوج فى حقها والقى لها الحبل على الغارب وقبلت الزوجة منه ذلك فى صمت وسكون والألم يحز قلبها هبط المستوى الخلقى وهو الركن الركين الذى تقوم عليه الأمم وانهارت الفضيلة وظهر الانحطاط واضحا جليا مزعجا .

وحيث أن المادة السادسة المذكورة قد قضت بأنه متى ثبت الضرر طلقت الزوجة بائنا للحال وقد ثبت وقوع الضرر .

٣١/٩٢٣ شبين القناطر (٣٢/١٠/٨) ت س م ش ٣٩٢/٤

□■□

(المبدأ ٢) : القانون لم يقيد الهجر بمدة .

القانون لم يقيد الهجر بمدة معينة بل اجاز التطليق متى وقع الهجر ولم تجعل المدعية المدة التى ذكرتها شرطا فى وقوع الهجر بل كانت للبيان فمتى وقع الهجر غير المشروع فقد تحقق الضرر طالت المدة أو قصرت .

٣١/٩٢٣ شبين القناطر (٣٢/١٠/٨) ت س م ش ٣٢٩/٤

□■□

(المبدأ ٣) : هجر الزوج فراش الزوجية من الأضرار الموجبة للتطليق

حيث أن ترك المدعى عليه للمدعية مدة سبع سنين وهجره فراشها

اضرارا منه بها وقد صرحت بلسان وكيلها انها لا تستطيع صبرا على هذا الهجـر .

ومن حيث أن هذا التضرر مما ينطبـق عليه المادة السـادسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ ولم يمكن التوفيق بين المتداعين .

ومن حيث انه جاء بالمذكرة التفسيرية لهذه المادة أن المعول عليه فى التطليق للضرر عملا بهذه المادة هو مذهب الامام مالك .

ومن حيث أنه جاء فى كتاب الشرح الكبير متنا وشرحا فى باب الايلاء ما نصه (واجتهد الحاكم بلا ضرب أجل ايلاء (وطلق) على الزوج (فى)حلفه (لا أبيت) عندها لما فيه من الضرر والوحشة عليها بخلاف لا أبيت معها فى فراش مع بياته معها فى بيت (أو ترك الوطء ضررا) فيطلق عليه بالاجتهاد ولو لم يقصد الضرر يدل عليه قوله (أو سر مد) أى دوام العبارة ورفعته فيقال له اما ان تطأها أو تطلقها أو يطلق عليك (بلا) ضرب (أجل) للايلاء (على الأصح ، فى الفـروع الأربعة أ.هـ. وقال فى حاشـية الدسوقى على الشرح الكبير : ومعنى الاجتهاد فى الطلاق عليه أن يجتهد الحاكم فى أن يطلق عليه فورا بدون أجل أو يضرب له أجلا واجتهد فى فوره من كونه دون أجل الايلاء أو قدره أو أكثر منه أ.هـ. فهذه النصوص صريحة فى أن الهجر وترك الوطء من الأضرار الداعية للتطليق (المذكرة الايضاحية) .

٣٢/٩٢٢ جرجا (٣٢/٧/١٥) م ش ٥٧٩/٥

□■□

(المبدأ ٤) : الهجر ضررا كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغا لطلب التفريق .

حيث أن الهجر ضررا كما يكون بعد الدخول يكون قبله ـ ويجب أن يلاحظ أن ثمة فارقا بين ضرار الهجر وضرار الشـقاق اذا كان لا يتصور وقوعه بدون معاشرة فان ضرار الهجر يتصور الوقوع قبل وبعـد الدخول وامساك الزوجة ضررا منهى عنه لقوله تعالى جل من قائل « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » ـ

١٠٢٤/ المحلة الكبرى (٣٥/١/٢٢) م ش ٤٤٩/٦

□■□

(المبدأ ٥) الهجر فى المضجع .

الهجر فى المضجع نقل العلامة الرهونى فى حاشيته على الزرقانى على متن خليل من باب الايلاء أن تركه الوطء لا يعتبر ضررا تطلق من أجله المرأة

الا اذا كان متعمدا ومن غير عذر ، واستشهد على ذلك بقول الامام مالك نفسه فى كتابة « المدونة » حيث قال « ومن ترك وطء زوجته بغير عذر ولا ايلاء لم يترك فاما وطيء او طلق » كما نقل صاحب المنتقى ما نصه « ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر قال القاضى أبو محمد : وقد عرف ذلك عنه وطالت المدة فان حكمه حكم المولى وقال مالك ولا يترك ان لم يكن له عذر حتى يطأ او يفرق بينهما » .

ونقل عن ابن العربى فى أحكامه ما نصه « قال علماؤنا اذا امتنع عن الوطء قصد الاضرار من غير عذر مرضى او رضاع وان لم يحلف كان حكمه بحكم المولى وترفعه الى الحاكم ان شاءت » وأ نهذه النصوص صريحة فى أنه لا يعتبر الزوج مضارا لزوجته فى الهجرة فى المضجع الا اذا كان ذلك مقصودا ومن غير عذر .. وقد سمعت أن فى مقدمة هذه النصوص رأى صاحب المذهب نفسه ــ واذا جاء نهر الله بطل نهر معقل ــ كما يقول المثل العربى . ومتى علمت ان المدعي عليه مسجون الى الآن ومقيد الحرية بسبب ذلك ، فاذا كان قد هجرها فى المضجع فان ما قد حصل من ذلك كان قهرا عنه وبلا ارادة منه ومدة السجن اقل من ثلاث سنوات فلا يؤخذ به عملا بهذه النصوص ــ نعم قد جاء فى هذا المذهب أن لزوجة مقطوع الذكر خطأ أو لعلة أن تطلب تطليقها على الخلاف فى ذلك بين ائمة المذاهب ، الا أن هناك فرقا كبيرا بين هذه الحادثة وحادثتنا الحاضرة ، فان الاولى قد قطع الرجاء من الرجل بتاتا فيها ، وانعدمت طبيعة القربان منه وأصبحت زوجته فى يأس تام من حاجتها عنده فاذا قالت أنى لا أطيق ذلك كان من العدالة الاصغاء اليها بخلاف ما نحن فيه فان المدعية لم تدع على المدعى عليه شيئا من ذلك فهو على طبيعته ورجولته والمانع من القربان أمر خارج عن هذه الدائرة . وقد جاء فى المذهب ايضا ان للزوجة حق التطليق اذا أسرف زوجها فى العبادة واتكب عليها ليلا ونهارا هاجرا فراش الزوجة لأن الشريعة الغراء لا تعرف هذا النوع من العبادة فان الله قد تعبدنا فى أوقات خاصة معروفة من الليل والنهار وترك الباقى لنا لننظم فيه معيشتنا ونساهم بنصيب من الدنيا حتى لا نكون كلا على أعناق الغير ، ولذلك يقول الله فى كتابه « وابتغ فيما أتاك الله الدار الآخر ، ولا تنس نصيبك من الدنيا » وجاء فى معنى الحديث الشريف أن من الذنوب ذنوبا لا يكفرها صلاة ولا صوم ولا حج وانما يكفرها سعى المرء على عياله ــ نعم جاء فى هذا المذهب أن لزوجة هذا العابد المستديم حق التطليق الا أن هنا بونا شاسعا بينه وبينما نحن فيه ايضا من هذا المقيم على عبادته مطلق الحرية مرسل الارادة بخلاف المدعى عليه فانه مغلول اليد مسلوب الحرية . ومن هذا نصل الى أن هذا السبب لا ينطبق على المدعى عليه فلا يلتفت اليه .

٣٣/٣٥٥ السيدة (١٩٣٤/٧/٢٨) م ش ٦/٨٠١

(المبدا ٦) : الهجر سنة فاكثر موجب للتطليق .

هجر الزوج زوجته سنة فأكثر وتركه اياها فى بلده بدون أن يحضر لها فيها مرة واحدة مما لا تحتمله الزوجـة عادة موجب تطليقها عليـه ـ ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابه كان للسعى وراء الرزق.

٣٧/٣٩ الدر (٣٨/٣/٢٦) م ش ١٧٨/١٠

□■□

(المبدا ٧) : هجر الزوجه وترك معاشرتها من احوا ل المادة ٦ ق ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

اذا هجر الزوج زوجته وترك معاشرتها مع وجوده فى البلدة التى تقيم فيها وتضررت من ذلك فان ذلك يكون من الأحوال التى يتنـاولها التطليق للضر وتطبق عليه المادة ٦ ق ٢٥ سـنة ٩٢٩ لا المادة رقم ١٢ منه .

٥١/١٧١ منوف (٥١/٣/٦) م شخ ٤١٤/٢٣

□■□

بيان رموز المبادىء التى تضمنها هذا الكتاب

لقد اشرنا فى نهاية كل مبدأ ــ من المبادىء التى تضمنها الكتاب ــ برموز تدل على أصله على النحو التالى :ــ

١ ــ ٣٢/٥٠ ميت غمر (٣٢/١٢/١٢) م ش ٦ /١٧٠

اى القضية رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٢ شرعى جزئى ميت غمر جلسة ١٩٣٢/١٢/١٢ منشور فى مجلة المحاماه الشرعية السنة السادسة صفحة ١٧٠ .

٢ ــ ٣٢/٥٠ ك مصر (٤٣/١/١٢) م ش ١٠ /١٨٩

اى القضية رقم ٥٠ لسنة ١٩٤٢ كلى شرعى مصر جلسة ١٩٤٣/١/١٢ منشور فى مجلة المحاماه الشرعية السنة العاشرة صفحة ١٨٩ .

٣ ــ ٥٠/١٠٠ س ك مصر (٥١/١/١) م ش ٣٢/ ٤٠٠

أى القضية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٠ مستأنف كلى شرعى جلسة ١٩٥١/١/١ منشور فى مجلة المحاماه الشرعية السنةالثالثة والعشرين صفحة ٤٠٠ .

٤ ــ ٣٠/٥٠ منوف (٣٠/١١/١٢) ت س م ش ٦ /١٥١

اى القضية رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٠ شرعى جزئى منوف جلسة ١٩٣٠/١١/١٢ ، تأيد استئنافيا ، منشور فى مجلة المحاماه الشرعية السنة السادسة صفحة ١٥١ .

٥ ــ ٤١/٣٠ جرجا (٤٢/٢/١٠) م ش ١٥/٤/٢١٠

اى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٩٤١ جلسة ١٩٤٢/٢/١٠ منشور فى مجلة المحاماه الشرعية السنة الخامسة عشر العدد الرابع صفحة ٢١٠ .

٦ ــ ٥٠/٤٠ العليا (١٩٤٠/١١/١) م ش ٣٠٠/١٥

اى القضية رقم ٥٠ لسنة ١٩٤٠ المحكمة العلياالشرعية جلسة ١/١١/ ١٩٤٠ منشور فى مجلة المحاماة الشرعية العدد الخامس عشر صفحة ٣٠٠ .

٧ ــ نقض ٢٨/٢ ق (٥/٥/٦٠) س ٣٨٣/١١

اى طعن النقض رقم ٢ لسنة ٢٨ قضائية جلسة ١٩٦٠/٥/٥ منشور فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الحادية عشر صفحة ٣٨٣ .

والله أسأل ان يكون فى هذا القدر من الجهد الفائدة انه ولى التوفيق ؟

مدينة نصر ــ القاهرة
١٩٨٥/١١/٢٠

احمد نصر الجندى
المستشار بمحكمة النقض

فهرس الكتـــاب

الموضوع	الصفحة
ا	
ابراء	٩
ابـوه	١٧
اثبـات	١٩
اجر تعليم	١١١
اجر حضانة	١١٨
أجر حكر	١٣٦
أجر خادم	١٣٩
أجر سكن حضانة	١٤٣
احتراف الزوجة	١٥٦
اختصاص	١٦١
ارث	١٦٦
استئناف	١٩٣
اشـكال	٢٣٠
اشهادة وراثة	٢٣٣
أعذار شرعية	٢٤٠
اعلان	٢٤٨
اكراه	٢٥٦
أهلية	٢٥٨
اياس	٢٧١
ب	
بطلان	٢٧٥
بلوغ	٢٨٠
بنـوة	٢٨١
بيت المال	٢٨٣

الموضوع	الصفحة
ت	
تبنى	٢٨٧
تحكيم	٢٨٨
تخارج	٢٩٢
تركة	٢٩٦
تزوير	٣٠٤
تطليق	٣٠٨
تقادم	٣٤٣
تناقض	٣٥٠
تنفيذ	٣٦٠
ج	
جهاز	٣٧١
ح	
حبس	٣٨١
حجـر	٣٨٦
حساب	٤٠٠
حضانة	٤٤٤
حـكر	٤٥٤
حـكم	٤٨٦
حمل	٤٨٦
حيض	٤٩٣

الموضوع	الصفحة
خ	
خبرة	٥٠٠
خطبة	٥٠٤
خلع	٥٠٨
خلوة	٥١٢
د	
دعوى	٥٢٢
دفع	٦٠٤
دوطة	٦١٥
ديانة	٦١٧
ر	
رؤية	٦٣٣
رجعة	٦٤٠
ردة	٦٤٨
رسوم	٦٦١
رضاع	٦٦٤
رهينة	٦٧٧
ز	
زمانة	٦٨١
زواج	٦٨٢
س	
سف	٦٩١
ص	
صغير	٦٩٨
صلح	٧٠٣
ض	
ضم	٧٠٨
ط	
طاعة	٧٤٢
طلاق	٧٦٤
طلاق الذمى	٨٠٥
ع	
عته	٨٢٧
عدة	٨٣١
عرف	٨٦٧
غ	
غفلة	٨٧٣
ق	
قانون	٨٧٩
قضاء	٨٩٥
قوامة	٩١١
ك	
كفاءة	٩١٧
كفالة	٩٢١
ل	
لقيط	٩٣٧
لعان	٩٣٨

الموضوع	الصفحة
م	
محاماة	٩٤٣
مدين	٩٤٥
مرض موت	٩٥٠
مسكن الطاعة	٩٥٩
معارضة	٩٧٩
مفقود	٩٩٣
مهر	١٠٠٣
موطن	١٠٢١
ن	
نسب	١٠٢٧
نشوز	١٠٦٥
نظام عام	١٠٧٣
نفقة أصول	١٠٧٥
نفقة أقارب	١٠٨٥
نفقة زوجية	١١١٥
نفقة صغير	١١٥٧
نفقة فروع	١١٩١
نقض	١١٩٥
نكاح	١٢١٣
نيابة عامة	١٢٣٥
هـ	
هبه	١٢٤٩
هجر	١٣٦٧
و	
وصي	١٢٥٣
وصية	١٢٦١
وفاة ووراثة	١٢٧٥
وقف	١٢٨٥
وكالة	١٣٥١
ولاية	١٣٥٤

تم بحمد الله ..

المؤلف

١٩٨٥/١٢/٢٥

دار وليـــد للطباعة الحديثة

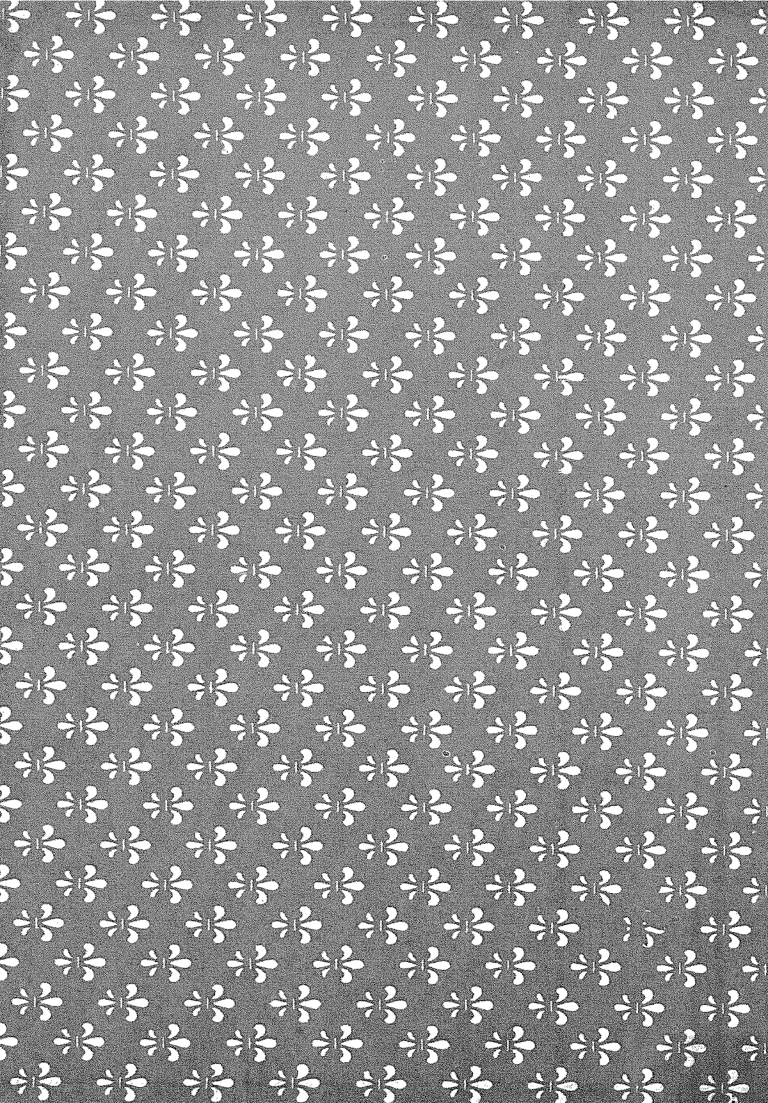
عبد الغفار حنيش

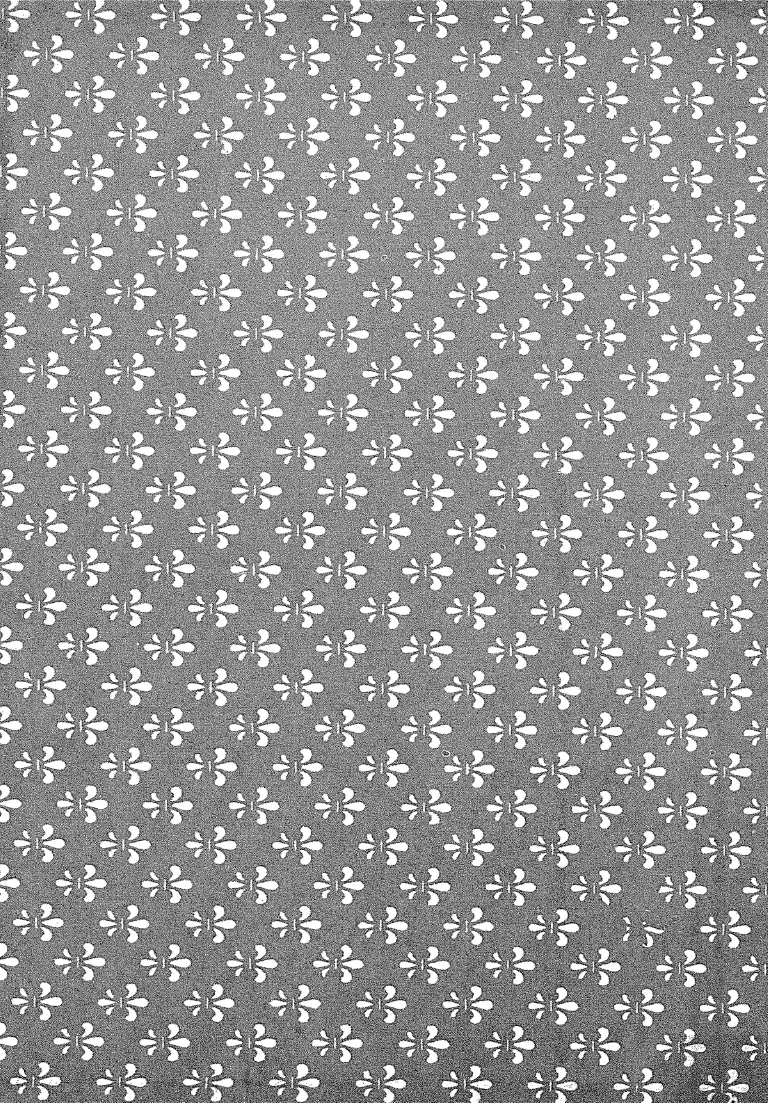
---

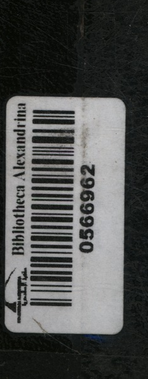
٢٧ شارع ابن الـكورانى

خلف قســم روض الفــرج

تليفون : ٧٧٢١٩٣






Bibliotheca Alexandrina
05666962